

La tutela della maternità fra protezione adeguata e principio di uguaglianza: il caso dell'indennità giudiziaria

di Elisabetta Di Stefano
(13 aprile 2010)

SOMMARIO: 1. La vicenda giurisprudenziale - 2. La natura dell'indennità giudiziaria: precisazione del problema – 3. La protezione costituzionale della maternità: significati e implicazioni – 4. Protezione della maternità e principio di uguaglianza formale – 5. Elementi di diritto comunitario: il principio di parità retributiva ex art. 141 TCE – 6. Osservazioni conclusive.

1. La disciplina della c.d. indennità giudiziaria continua a stare al centro di una vicenda giurisprudenziale che ormai si protrae da anni e che ha visto una pluralità di interventi del giudice costituzionale.

L'art. 3 primo comma della legge n. 27 del 1981 ha istituito, in favore dei magistrati ordinari¹ e “fino all'approvazione di una nuova disciplina del trattamento economico del personale” di magistratura (che ad oggi non è ancora stata emanata), una indennità non pensionabile² “in relazione agli oneri che gli stessi incontrano nello svolgimento della loro attività”, adeguata di diritto, ogni tre mesi, contestualmente all'adeguamento degli stipendi. Secondo l'originario testo normativo, la sua corresponsione era esclusa in tutte le ipotesi di sospensione del servizio per qualsiasi causa, fra le quali, in particolare,

Saggio proposto dal prof. A. Cariola.

¹ La legge n. 425 del 1984 ha disposto la sua corresponsione anche ai magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti, dei tribunali amministrativi regionali e della giustizia militare, nonché agli avvocati e procuratori dello Stato (art. 2). Successivamente la stessa indennità è stata attribuita, dapprima, al personale delle cancellerie e segreterie giudiziarie (art. 1 l. 221/1988), e infine, al personale amministrativo delle magistrature speciali e dell'Avvocatura dello Stato, nonché al personale civile del ministero della Difesa distaccato temporaneamente presso i tribunali militari e limitatamente ad un contingente massimo (art. 1 l. 51/1989).

² In tre occasioni è stata sollevata questione di legittimità costituzionale di tale disposizione nella parte in cui esclude la pensionabilità dell'indennità giudiziaria. I giudici *a quibus*, assumendo tutti come presupposto la natura retributiva di tale indennità (su cui v. *infra*), hanno lamentato la violazione degli articoli 36 e 38 Cost., per il fatto che il trattamento di quiescenza, che della retribuzione costituisce un prolungamento a fini previdenziali, dovrebbe essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, in modo da assicurare al lavoratore e alla sua famiglia mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per un'esistenza libera e dignitosa. La Corte ha sempre rigettato la questione (sent. n. 119/1991, ord. n. 422/1996 e n. 290/2006, in quest'ultimo caso dichiarandola inammissibile per difetto di rilevanza), sulla base della considerazione che i suddetti principi di proporzionalità e adeguatezza “non comportano che sia garantita in ogni caso l'integrale corrispondenza fra retribuzione e pensione”, spettando piuttosto al legislatore effettuare un ragionevole bilanciamento fra tali istanze di tutele e le esigenze di natura finanziaria legate alla gestione del bilancio pubblico. Secondo il giudice costituzionale, non basterebbe pertanto addurre la natura retributiva dell'indennità giudiziaria per dimostrare l'incostituzionalità della scelta legislativa di escluderla dalla base pensionabile, ma occorrerebbe provare che il bilanciamento effettuato dal legislatore sia manifestamente incongruo o irragionevole, ciò che è stato escluso.

quella di assenza obbligatoria per maternità prevista dall'art. 4 l. n. 1204 del 1971 (Tutela delle lavoratrici madri).

Sulla base di questa previsione, l'Amministrazione, pur non interrompendo la corresponsione dell'indennità nel periodo del congedo, ne disponeva successivamente il rimborso a carico del magistrato in applicazione dell'istituto dell'addebito di credito erariale (disciplinato dall'art. 406 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827). Tali provvedimenti sono stati a più riprese impugnati davanti al giudice amministrativo, più volte sollecitato dalle parti ricorrenti a sollevare questione di legittimità costituzionale del disposto legislativo, nella parte in cui escludeva la corresponsione dell'indennità giudiziaria nei periodi di astensione obbligatoria per maternità.

La prima pronuncia in materia del giudice costituzionale è stata la sentenza n. 238 del 1990; in quell'occasione l'illegittimità della disciplina era stata dedotta con riferimento all'art. 3 Cost, in considerazione della disparità di trattamento che le donne magistrato subivano rispetto alle altre dipendenti statali, le quali percepivano, nei periodi di congedo, l'intero trattamento economico, con la sola esclusione delle indennità "per servizi e funzioni di carattere speciale" (art. 41, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3); a queste ultime indennità, secondo il giudice *a quo*, non poteva essere assimilata l'indennità giudiziaria. La Corte, pur ammettendo che l'indennità giudiziaria non potesse definirsi speciale ai sensi del t.u. pubblico impiego, l'ha tuttavia ritenuta tale sotto un altro profilo, per il fatto che il regime cui era sottoposta sarebbe strettamente connesso "alla peculiarità delle funzioni dei magistrati ed allo status, appunto speciale, ad essi assegnato nell'ordinamento costituzionale".

La Consulta è giunta a tale conclusione sulla base di un duplice ordine di considerazioni: da un lato, ha affermato che la corresponsione dell'indennità, trovando giustificazione negli "oneri" che i magistrati incontrano nello svolgimento della loro attività, fosse collegata alla effettiva prestazione del servizio; dall'altro, ha ritenuto che la particolare disciplina fosse strettamente inerente alle speciali garanzie di indipendenza che assistono la figura del magistrato, trovandone conferma nel fatto che l'indennità fosse stata sottoposta allo stesso meccanismo di rivalutazione automatica previsto per l'adeguamento degli stipendi, funzionale a garantire che i magistrati non siano "soggetti a periodiche rivendicazioni da parte di altri poteri".

La specialità dell'indennità giudiziaria giustificava, ad avviso della Corte, il particolare regime che la caratterizzava e "preclude(va) di apprezzare in riferimento al principio d'uguaglianza la diversa disciplina adottata per i periodi di assenza per maternità".

Nella medesima decisione la Corte non si è invece pronunciata per ragioni processuali sulla violazione dell'art. 37 Cost., parimenti lamentata dal giudice *a quo*: secondo la Consulta, infatti, la censura era stata "prospettata in modo così sommario e generico da non consentire di apprezzare i termini dell'asserita violazione di tale disposizione". Inoltre, contrariamente alle deduzioni della ricorrente, non era stato incluso fra i parametri invocati l'art. 31 Cost., sul presupposto che la tutela della maternità e dell'infanzia fosse "estranea alla materia che ora occupa, avente riflessi esclusivamente economici". In occasione di tale pronuncia, pertanto, il giudice costituzionale si limitò ad escludere la comparabilità della posizione delle donne magistrato rispetto a

quella della generalità delle dipendenti statali e quindi la violazione del principio di uguaglianza rispetto al *tertium comparationis* invocato. Non prese invece posizione sulla compatibilità della disciplina normativa con le disposizioni costituzionali poste a tutela della maternità e dell'infanzia.

Gli spazi lasciati aperti dalla sentenza del 1990 sono stati chiusi con le successive pronunce (sent. n. 407/1996 e ord. n. 106/1997). Denunciata nuovamente la violazione dell'art. 37 Cost, e, per la prima volta in occasione dell'ord. n. 106/1997, degli artt. 30 e 31 Cost., la Corte ha in entrambi i casi respinto le censure mosse dai giudici *a quibus*, con argomentazioni sostanzialmente analoghe alla meno recente pronuncia, richiamata quale precedente, per così dire, rigido e senza più fare riferimento alle aperture pur contenute in quella decisione.

Il principale argomento avanzato dal giudice costituzionale è consistito nel fatto che la tutela costituzionale della maternità non imporrebbe la conservazione integrale della retribuzione durante il periodo di astensione obbligatoria e che il trattamento economico assicurato alla donna magistrato durante il congedo sarebbe comunque sufficiente a far fronte agli oneri connessi alla maternità e quindi in grado di assicurarle una protezione "adequata" ai sensi dell'art. 37 Cost. A conferma di tale opinione, si è ricordato che la stessa disciplina posta dall'art. 15 della l. n. 1204 del 1971 (ora art. 22 d.lgs. n. 151 del 2001, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) comporta comunque un sacrificio economico nei periodi di astensione obbligatoria, prevedendo la corresponsione non dell'intero trattamento economico, ma solo di una indennità pari all'ottanta per cento della retribuzione.

Nelle due pronunce, inoltre, la Corte, richiamando le argomentazioni già svolte nella sua prima sentenza, ha nuovamente escluso la violazione del principio di uguaglianza, questa volta dedotta in ragione della disparità di trattamento fra le donne magistrato obbligatoriamente assenti per maternità ed i magistrati in servizio, nel primo caso, e fra magistrati donne e magistrati uomini nel secondo.

Dopo questa decisa presa di posizione del giudice costituzionale, non sembravano residuare margini per il superamento della disciplina normativa in assenza di un intervento dello stesso legislatore. È stato questi infatti a porre fine alla *vexata quaestio*, modificando il disposto dell'art. 3 ed ammettendo che l'indennità giudiziaria venga corrisposta anche nei periodi di astensione obbligatoria per maternità (art. 1, comma 325, l. 30 dicembre 2004, n. 311, legge finanziaria 2005). La corresponsione dell'indennità rimane invece esclusa, oltre che negli altri casi originariamente contemplati, nelle ipotesi di astensione facoltativa prevista dagli articoli 32 e 47, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 151 del 2001, cioè durante il congedo parentale e per malattia del figlio. Come spiega la Relazione governativa accompagnatoria alla legge, si è voluto così "eliminare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla generalità delle lavoratrici madri delle pubbliche amministrazioni con riferimento al trattamento accessorio fisso e continuativo".

Tuttavia, l'intervento normativo non è valso a concludere definitivamente la vertenza giurisprudenziale. Infatti, la novella legislativa, di cui non è stata disposta l'efficacia retroattiva, produce effetti a decorrere dall'1 gennaio 2005 e

non si applica pertanto alle fattispecie anteriori alla data della sua entrata in vigore, che restano regolate dall'originario disposto dell'art. 3, primo comma, l. n. 27 del 1981³.

Con riferimento a tali fattispecie è risultata pertanto ancora rilevante nei giudizi pendenti davanti alla giurisdizione amministrativa la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione. Anzi, le riserve di costituzionalità possono essere riferite alla stessa legge n. 311 del 2004, nella parte in cui non si applica retroattivamente alle fattispecie anteriori alla sua entrata in vigore.

Sono state di conseguenza riproposte dal giudice amministrativo censure analoghe a quelle già avanzate negli anni precedenti. Una prima questione è stata sollevata dal Consiglio di Stato (con ord. 22 novembre 2004, n. 7632), che, dopo una prima pronuncia con cui la Consulta ha restituito gli atti per una nuova valutazione della rilevanza alla luce della modifica normativa (ord. n. 10/2006), ha riproposto la medesima questione (con quattro ordinanze dell'11 maggio 2007), decisa con ordinanza n. 137 del 2008.

Analoghi tentativi sono stati poi compiuti dal Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, sezione di Catania, con ordinanza del 24 giugno 2005, sulla quale la Corte è intervenuta con ordinanza n. 290 del 2006; e dal Tribunale amministrativo regionale della Puglia, sezione di Lecce, con ordinanza del 24 maggio 2005, sulla quale la Corte ha deciso con sentenza n. 287 del 2006 (malgrado la preventiva trattazione in camera di consiglio). È da far notare che nel primo caso la Corte non avrebbe potuto decidere con ordinanza, considerata l'avvenuta costituzione della parte privata nel giudizio costituzionale e la conseguente celebrazione dell'udienza pubblica: non aver riconosciuto a tali circostanze processuali alcuna rilevanza nella scelta del provvedimento definitivo del giudizio non soltanto rappresenta una violazione delle regole del processo costituzionale, e in particolare del combinato disposto degli artt. 26, comma 2, e 29, l. 11 marzo 1953, n. 87 (che limita l'adozione delle ordinanze di manifesta infondatezza ai procedimenti svoltisi in camera di consiglio⁴), ma si traduce anche in una deprecabile frustrazione dell'interesse di cui la parte si fa portatrice attraverso la sua costituzione in giudizio⁵. Da ultimo, la Consulta, con ordinanza n. 346 del 2008, si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale amministrativo regionale della

³ Sulla efficacia non retroattiva della novella legislativa si veda anche l'ordinanza di rimessione del T.a.r. Sicilia, Catania del 24 giugno 2005; ha ritenuto invece che essa "trova applicazione, quale *ius superveniens*, anche nei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della norma che ha dettato il nuovo testo" il T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 31 gennaio 2007, n. 161, con nota critica di M.C. QUILIGOTTI, *La c.d. indennità giudiziaria dei magistrati donna in astensione obbligatoria per maternità. Evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 10, p. 2724 ss.

⁴ V. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 233 e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 295 e 376; v. anche art. 9 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

⁵ Sulle implicazioni della costituzione della parte privata nel giudizio costituzionale in via incidentale v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 227-228. Tale disinvoltura nell'uso degli strumenti processuali è confermata dal caso in cui la Corte ha dichiarato infondata con sentenza la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 3, l. n. 27 del 1981, nella parte in cui esclude il versamento dell'indennità giudiziaria durante il periodo di congedo straordinario per malattia, nonostante il procedimento fosse stato svolto in camera di consiglio (sent. n. 287/2006).

Puglia, sezione di Lecce con ordinanza del 22 novembre 2007, e dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia con tre ordinanze del 22 gennaio 2008.

Nonostante lo stesso legislatore abbia ritenuto di dover intervenire per eliminare l'arbitraria discriminazione di cui i magistrati risultavano vittima, la Corte ha nuovamente negato fondamento alle censure di incostituzionalità mosse dai giudici *a quibus*, e, nel dichiararle manifestamente infondate, ha riproposto le medesime argomentazioni svolte nelle precedenti pronunce. Ha infatti ribadito che l'art. 37 Cost non risulterebbe violato, in quanto "la mancata erogazione dell'indennità giudiziaria durante il periodo di astensione obbligatoria non vale a far considerare il trattamento complessivamente assicurato alla donna magistrato come insufficiente ai fini della tutela imposta dalla norma costituzionale" (ord. n. 290/2006). Ha nuovamente escluso la lesione del principio di uguaglianza formale, questa volta dedotta assumendo come *tertium comparationis* il trattamento riservato alle dipendenti delle segreterie e cancellerie giudiziarie, cui l'indennità giudiziaria viene da tempo corrisposta anche durante i periodi di congedo obbligatorio (secondo quanto ha disposto l'art. 21 del d.P.R. 17 gennaio 1990, n. 44, Regolamento per il recepimento delle norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 26 settembre 1989 concernente il personale del comparto Ministeri ed altre categorie di cui all'art. 2 del d.P.R. 5 marzo 1986, n. 68), ripetendo che il particolare regime dettato dalla legge n. 27 del 1981 troverebbe giustificazione nella sua connessione con la peculiare posizione costituzionale del magistrato (ordinanze nn. 137 e 346 del 2008).

Secondo la Consulta, pertanto, nessun vizio di incostituzionalità inficerebbe la disciplina in questione e non sarebbe di conseguenza censurabile la scelta del legislatore del 2004 di limitare gli effetti della riforma normativa alle fattispecie successive alla sua entrata in vigore, considerato che "la novella citata costituisce invece la manifestazione della discrezionalità del potere legislativo nel collocare nel tempo le innovazioni normative" (ordinanze nn. 137 e 346 del 2008).

Se, dunque, nel ricordato intento di eliminare la disparità di trattamento avvertita tra le dipendenti pubbliche, il legislatore ha finalmente modificato una disposizione che pone tuttora dubbi quanto alla sua costituzionalità, le ultime ordinanze hanno lasciato aperto il problema posto dal carattere non retroattivo dell'intervento normativo, che sollecita ancora una volta l'interprete ad interrogarsi sulla legittimità costituzionale di una disciplina alquanto discutibile e a trarne spunto per una breve riflessione sul significato della protezione della maternità nel nostro ordinamento costituzionale.

2. In via preliminare, appare utile interrogarsi sulla natura dell'indennità giudiziaria. Come si è visto, infatti, una delle ragioni che ha indotto la Corte a pronunciarsi per l'infondatezza riguarda il fatto che la corresponsione dell'indennità sarebbe collegata all'effettivo esercizio delle funzioni giudiziarie. Ma, sul punto, la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa rivela una serie di contraddizioni che spingono a mettere in dubbio la verità di tale assunto.

La Consulta ha riconosciuto all'indennità giudiziaria "natura retributiva, di componente del normale trattamento economico dei magistrati"⁶. Il giudice amministrativo, pur prendendo atto di siffatta giurisprudenza costituzionale⁷, ripete invece, con riferimento al personale amministrativo delle cancellerie e segreterie giudiziarie, che tale indennità "non ha natura retributiva, in quanto, pur trovando la sua fonte diretta ed immediata nel rapporto di lavoro che lega il dipendente alla struttura amministrativa dell'organizzazione giudiziaria, non è finalizzata a compensare direttamente ed esclusivamente tale prestazione, ma intende in modo speciale indennizzare solo il personale amministrativo delle cancellerie e segreterie giudiziarie del particolarmente intenso, delicato ed ininterrotto servizio prestato per l'esatto e ordinato funzionamento degli uffici giudiziari, condizione indispensabile per la corretta ed ordinata amministrazione della giustizia"⁸.

In altra pronuncia⁹, il Consiglio di Stato ha incluso l'indennità giudiziaria fra le componenti retributive del trattamento economico dei magistrati superiori della Corte di Cassazione, da assumere come parametro per il calcolo dell'indennità spettante ai componenti elettivi del C.S.M. all'atto della cessazione della carica. Quest'ultima indennità, infatti, ha un "importo complessivo pari all'ultimo assegno mensile corrisposto moltiplicato per dodici" (art. 1 l. n. 312/1971); a sua volta tale assegno è pari al "trattamento complessivo spettante, per stipendio ed indennità di rappresentanza, ai magistrati indicati nell'art. 6, n. 3, l. 24 maggio 1951, n. 392 [ossia presidente di sezione della Corte di cassazione ed avvocato generale presso la stessa corte, presidente delle Corti d'appello e procuratore generale presso le stesse Corti]" (art. 40 l. n. 195/1958). Il Consiglio di Stato ha quindi ricondotto l'indennità giudiziaria alla nozione di "stipendio" cui fa riferimento quest'ultima disposizione (inteso come "trattamento economico globalmente considerato"), non essendo "corretto scomporre l'indennità dovuta al membro laico del C.S.M. nelle diverse *componenti della retribuzione* alla quale la prima si commisura" (corsivo non testuale).

D'altra parte, la stessa Consulta, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti del medesimo articolo 3, l. n. 27/1981 nella parte in cui esclude il versamento dell'indennità giudiziaria durante il periodo di congedo straordinario per malattia, non ha riproposto l'argomento secondo il quale la sua corresponsione è collegata all'effettivo esercizio delle funzioni, limitandosi a rilevare l'adeguatezza del trattamento economico assicurato dalla legge durante il congedo¹⁰.

In realtà, tale giurisprudenza non fa che mettere in luce le contraddizioni insite nello stesso testo normativo, che, da un lato, esclude la pensionabilità dell'indennità giudiziaria, e dall'altro, la sottopone ad adeguamento periodico contestuale a quello dello stipendio.

⁶ Sentenze nn. 238/1990 e 119/1991 e ordinanza n. 422/1996.

⁷ Cfr. C.d.S., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5841.

⁸ Così C.d.S., sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6162, seguito da C.d.S., sez. IV, 7 febbraio 2001, n. 500; C.d.S. sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 942; T.a.r. Campania Napoli, sez. IV, 19 marzo 2002, n. 1437; T.a.r. Campania Napoli, Sez. IV, 21 ottobre 2003, n. 12979; T.a.r. Toscana Firenze, sez. I, 6 dicembre 2004, n. 6279.

⁹ C.d.S., sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 845.

¹⁰ Corte cost. n. 287/2006.

Sembra allora conseguente riconoscere che l'indennità giudiziaria, istituita in via provvisoria, in attesa dell'adozione di una disciplina organica del trattamento economico della magistratura, preannunciata dallo stesso art. 3, comma 1, l. n. 27/1981, è divenuta elemento costitutivo della retribuzione del magistrato. Più precisamente, tale indennità non mira a risarcire disagi specifici o eventuali correlati a fattori estrinseci, ovvero condizioni estrinseche di disagio o di rischio che variamente attengono all'esecuzione dell'attività di lavoro: in questo caso infatti non vi sarebbe motivo di versarla al venir meno delle condizioni che ne avevano giustificato la corresponsione. Essa costituisce un compenso inerente al contenuto professionale dell'attività del magistrato, "che è in grado di condizionare, costantemente nel tempo, il valore di scambio del lavoro prestato"¹¹, a prescindere dalla prestazione concretamente resa.

Inoltre, come chiaramente messo in luce dalla citata ordinanza di rimessione del T.a.r. Catania, l'indennità in questione è fissata nella stessa misura per ogni magistrato, a prescindere dalle funzioni svolte, sicché "la stessa indennità (mentre appare pressoché ininfluenza sullo stipendio dei magistrati che ricoprono ruoli direttivi) rappresenta poco più del 37% del trattamento retributivo per i magistrati all'inizio della loro carriera (magistrato di tribunale appena cessato l'uditorato), ossia per la totalità delle donne magistrato in età fertile che decidono di avere figli".

Da quanto si è esposto risulta, dunque, che la disciplina posta dalla legge n. 27 del 1981 ha l'effetto di sottrarre alla donna magistrato che usufruisce del congedo obbligatorio per maternità più di un terzo della sua normale

¹¹ Così F. BIANCHI D'URSO, *Onnicomprensività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984, p. 123; l'Autore, seppure con specifico riferimento al rapporto di lavoro privato, distingue fra indennità "intrinseche" ed "estrinseche": le prime, intrinsecamente legate alla posizione lavorativa e destinate, per volontà delle parti individuali o collettive, a compensare caratteristiche soggettivo-professionali del dipendente; le seconde, connesse a modalità estrinseche dell'attività lavorativa, a caratteristiche di ambiente, di tempo e di modo meramente eventuali. Nel primo caso, "trattandosi di un compenso strettamente collegato (più che al concreto esplicarsi della prestazione) alla messa a disposizione di energie professionali particolarmente qualificate, non vi è dubbio che esso inerisca inscindibilmente al sinallagma contrattuale e vada corrisposto anche in assenza di attività lavorativa". Nel secondo caso "sembra ragionevole escludere dal trattamento economico dovuto nei vari casi di sospensione del lavoro i compensi legati a condizioni di particolare gravosità della prestazione, che ricorrono e vanno compensate solo in presenza di una effettiva prestazione lavorativa". Tale distinzione è accolta da G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997, p. 164-165, che distingue fra "compensi strettamente corrispettivi e compensi che, pur avendo natura retributiva, non sono corrispettivi della prestazione, ma delle particolari modalità in cui la prestazione viene svolta". Analogamente G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti struttura funzioni*, Napoli, 1996, p. 272, che individua come criterio di distinzione quello della "effettiva funzione dell'indennità in questione, la sua connessione *latu sensu* oggettiva con il tipo di prestazione svolta e in specie con le sue caratteristiche in termini di qualità e professionalità". Secondo P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2003, p. 176, "il termine indennità ha preso a essere utilizzato sempre più largamente per indicare anche erogazioni la cui funzione è schiettamente retributiva, in relazione a determinate caratteristiche della prestazione lavorativa (...); oggi dunque le erogazioni che vengono indicate col termine 'indennità' sono quasi tutte pacificamente considerate a tutti gli effetti come parte integrante della retribuzione", e fra queste l'A. include quelle relative al particolare contenuto professionale dell'attività di lavoro.

Su questi aspetti si sofferma l'ordinanza di rimessione del T.a.r. Sardegna, 6 dicembre 1994, che ricorda come, nei lavori preparatori alla l. n. 27/1981, "si evince una qualificazione dell'indennità in questione non tanto quale 'indennità di rischio', bensì quale 'indennità di studio e aggiornamento professionale'".

retribuzione. La legittimità della soluzione normativa sembra contestabile sotto più profili.

3. In primo luogo, la disciplina posta dall'art. 3 l. n. 27 del 1981 sembra per più ragioni contraddire le disposizioni costituzionali poste a tutela della maternità, ovvero gli artt. 31 e 37 Cost. A tale conclusione si perviene se si indaga il significato della protezione costituzionale proclamata dalle due disposizioni.

Lo stato di maternità assume considerazione nel testo costituzionale innanzi tutto nel suo rapporto con lo svolgimento di un'attività lavorativa, cioè in quanto evento che si inserisce nelle vicende di un rapporto di lavoro, nella prospettiva di assicurare alla lavoratrice madre una protezione "speciale" ed "adequata". Si intende, da un lato, tutelare la condizione fisica della donna in stato di gravidanza e puerperio, che potrebbe essere gravemente compromessa dalla prosecuzione dell'attività lavorativa, dall'altro, evitare che lo stato di maternità si traduca di fatto in un ostacolo all'esercizio del diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost.

La maternità, infatti, quale esperienza tipicamente femminile ed incompatibile nelle sue fasi culminanti con lo svolgimento di un'attività di lavoro, pone la donna in una situazione di debolezza¹² che le preclude l'uguale esercizio di tale diritto. Per questo la disposizione costituzionale richiede l'intervento di una legislazione speciale, che, tenendo conto della particolare condizione della lavoratrice madre, impedisca che l'applicazione nei suoi confronti degli istituti generali di diritto del lavoro si traduca in un fattore di discriminazione. Tale disciplina si incentra su alcuni fondamentali strumenti, quali il divieto di adibire la donna al lavoro negli ultimi mesi della gravidanza e nei primi successivi al parto, il diritto ad un trattamento economico durante il periodo di astensione, il divieto del licenziamento e la computabilità a tutti gli effetti dei periodi di congedo nell'anzianità di servizio. Attraverso tali istituti il legislatore intende, pertanto, colmare la disuguaglianza originaria di cui è vittima la lavoratrice madre, così da garantirle l'effettiva parità dei diritti proclamata dagli artt. 3 e 37, primo comma, Cost.

La dottrina concorda, infatti, nel ritenere che non si manifesti, rispetto all'ipotesi della maternità, la tensione generalmente ravvisata fra le due proposizioni del primo comma, che, dopo aver proclamato la parità fra i lavoratori di entrambi i sessi, qualifica la condizione della donna lavoratrice in termini di specialità, in particolare mediante il contestato riferimento alla sua "essenziale" funzione familiare¹³. Nell'ipotesi considerata infatti l'opportunità di

¹² Sulla nozione di "soggetto debole", cfr. L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, p. 50, secondo cui "la 'debolezza' in senso stretto è, dunque, la situazione di chi non ha o non può esercitare in condizioni di uguaglianza i diritti fondamentali"; cfr. anche M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, 1, pp. 25 ss.

¹³ M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, IV, p. 110; T. TREU, *Lavoro femminile e uguaglianza*, Bari, 1977, p. 52; Id., *Art. 37*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna, 1979, p. 168; M.L. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Bologna, 1979, pp. 118 ss.; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Art. 2110-2111*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, pp. 584-585; M.L. BALLESTRERO, voce *Maternità*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1993, p. 330; sulla

un trattamento differenziato non è in nessun caso messa in dubbio, in quanto palesemente strumentale al raggiungimento di obiettivi di uguaglianza sostanziale.

Lo stesso giudice costituzionale ha individuato il fondamento di tale legislazione negli artt. 3 secondo comma, 4, 31, 32, 37 Cost¹⁴, nell'obiettivo cioè di "evitare che la maternità si traduca in concreto in un impedimento alla realizzazione dell'effettiva parità di diritti della donna lavoratrice"¹⁵: ciò può avvenire solo sollevandola "dal dilemma di dover sacrificare il posto di lavoro per salvaguardare la propria libertà di dar vita ad una nuova famiglia o, viceversa, di dover rinunciare a questo suo fondamentale diritto per evitare la disoccupazione"¹⁶, e mettendola nelle condizioni di poter "scegliere liberamente di essere madre, senza che tale sua libertà sia di fatto limitata o condizionata dalla prospettiva di una perdita del proprio reddito lavorativo quale conseguenza della maternità"¹⁷.

Se questo è il senso dell'intervento richiesto dalla disposizione costituzionale, si può concludere che lo stato di maternità non può costituire motivo di un trattamento deteriore nelle condizioni di lavoro: ciò si tradurrebbe in una discriminazione in ragione del sesso nell'esercizio di un diritto fondamentale della persona qual è quello al lavoro e quindi in una violazione del principio di parità di trattamento sancito dagli artt. 3 e 37, primo comma, Cost. Con le parole della Consulta, "il principio posto dall'art. 37 della Costituzione - collegato al principio di eguaglianza - impone alla legge di impedire che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino, derivare conseguenze negative e discriminatorie"¹⁸.

Quest'ultima valutazione, ad esempio, è stata alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 7, l. n. 223/1991, nella parte in cui non prevedeva che i periodi di astensione dal lavoro per gravidanza o puerperio fossero computabili al fine del raggiungimento del limite minimo di sei mesi di lavoro effettivamente prestato per poter beneficiare dell'indennità di mobilità. Invero, la giurisprudenza costituzionale offre altri esempi di casi in cui, in applicazione degli stessi principi, sono state dichiarate illegittime discipline che collegavano allo stato di maternità la perdita o il mancato acquisto di diritti connessi al rapporto di lavoro, così da riservare di fatto alla lavoratrice madre un trattamento deteriore rispetto a quello di cui avrebbe goduto in assenza della gravidanza¹⁹.

genesis, in particolare, della seconda proposizione, T. TREU, *Art. 37*, cit., pp. 155 ss.

¹⁴ Corte cost. n. 270/1999

¹⁵ Corte cost. n. 61/1991.

¹⁶ Corte cost. n. 27/1969.

¹⁷ Corte cost. n. 132/1991.

¹⁸ Corte cost. n. 423/1995.

¹⁹ Si può ricordare la sent. n. 132/1991, prima citata, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, secondo comma, l. 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri), nella parte in cui, per le lavoratrici con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale su base annua, allorché il periodo di astensione obbligatoria avesse inizio più di 60 giorni dopo la cessazione della precedente fase di lavoro, escludeva il diritto all'indennità giornaliera di maternità, anche in relazione ai previsti successivi periodi di ripresa dell'attività lavorativa, in quanto "la lavoratrice, per effetto della maternità, viene a perdere una retribuzione di cui avrebbe certamente -e non solo probabilmente- goduto se non si fosse dovuta astenere dal lavoro in ragione del suo stato".

Tutto ciò dà consistenza alle ragioni di perplessità avanzabili nei confronti di una disciplina che, negando alle donne magistrato il diritto a percepire l'indennità giudiziaria durante il periodo di astensione obbligatoria per puerperio, assume l'evento della maternità come motivo di un trattamento retributivo sfavorevole.

In realtà, una deroga al principio di parità di trattamento ex artt. 3 e 37 Cost., come diritto fondamentale della persona²⁰, sarebbe ammissibile solo per la tutela di altri valori di pari rilievo costituzionale. Infatti, "poiché le differenze naturali che i diritti in questione intendono eguagliare appartengono a una delle categorie enunciate dall'art. 3 comma 1 Cost., cioè le differenze di sesso, per esse vale il principio di eguaglianza nella sua accezione rafforzata, nel senso che deroghe alla parità di trattamento nelle condizioni di lavoro fra uomo e donna possono essere apportate solo se ragionevolmente correlate a un interesse meritevole di tutela costituzionale e dotato di tale forza e valore da giustificare l'eccezionale deroga al principio della parità"²¹.

Non sembra che una giustificazione di questo tipo sorregga la scelta legislativa di negare alla donna magistrato in congedo obbligatorio per maternità il diritto a percepire l'indennità giudiziaria. La perdita di tale diritto è piuttosto connessa allo stato di maternità in quanto tale, che è assunto in sé come presupposto di un trattamento retributivo sfavorevole rispetto a quello della generalità dei magistrati, in maniera palesemente discriminatoria nei

Quest'ultima considerazione è alla base anche della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 16, primo comma, l. 30 dicembre 1971, n. 1204, nella parte in cui non prevedeva che, nell'ipotesi di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto di lavoro a tempo pieno, nel quale avesse inizio o venisse comunque a protrarsi il periodo di astensione obbligatoria della lavoratrice, l'indennità di maternità dovesse essere determinata con riferimento alla retribuzione che le sarebbe spettata in relazione al regime a tempo pieno (Corte cost. n. 271/1999, che sembra superare la prospettiva della sent. n. 106/1980, che aveva escluso la rilevanza, ai fini del calcolo dell'indennità di maternità, degli aumenti retributivi intercorsi durante il periodo di astensione obbligatoria).

²⁰ Sulla natura di diritto fondamentale del diritto della donna alla parità di condizioni e di retribuzione nel lavoro, e in genere dei diritti sociali, v., ad esempio, L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 1, pp. 38 ss.; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, pp. 1781 ss; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 69; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 220; P. BARILE, *Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un'introduzione*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, p. 146.

²¹ Così A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., p. 174. È noto che negli specifici divieti posti all'art. 3, comma 1, Cost. viene individuato un nucleo forte del principio costituzionale di eguaglianza: cfr. il commento di A. CELOTTO, *Art. 3 co. 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 73.

Con specifico riferimento alle distinzioni fondate sul sesso, T. TREU, *Art. 37*, cit., p. 154: individuato il nucleo della normativa costituzionale nella "parità dei diritti della donna" in coerenza con la "direttiva risultante in generale dall'art. 3 primo comma", ritiene che "questa direttiva pone al legislatore un divieto assoluto di distinzioni, ammettendo deroghe anche a favore delle donne solo se espressamente consentite da altre norme costituzionali o se richieste da caratteri particolari ed esclusivi loro propri univocamente accertabili e tali da rendere impossibile o manifestamente assurda l'applicazione del principio" e aderisce alla tesi espressa da L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 533: "solo altri disposti costituzionali, che sostituiscono e derogano le specificazioni dell'art. 3 comma 1, allo stesso modo che le specificazioni escludono il generale principio d'eguaglianza formale, possono ristabilire in materia l'eguaglianza relativa o legittimare comunque le differenziazioni".

confronti del lavoro femminile. In questo senso si è espresso, ad esempio, il TAR Lazio, nell'ordinanza di rimessione 13 marzo 1996, lamentando che "la condizione femminile, vista sotto il peculiare profilo della maternità, diventa, in violazione del parametro di cui all'art. 3 della Costituzione, presupposto scriminante di fatto nel rapporto paritario uomo-donna, laddove, come nella specie, l'astensione dal servizio sia riconnessa ad un evento naturale (maternità) esclusivamente proprio del sesso femminile".

Le censure esposte possono essere ulteriormente avvalorate dalla considerazione dei recenti sviluppi della legislazione ordinaria. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 3 d.lgs. n. 151 del 2001, che vieta, fra l'altro, qualsiasi discriminazione fra uomo e donna nel trattamento retributivo, e all'emanazione del c.d. Codice delle pari opportunità fra uomo e donna (d.lgs. n. 198 del 2006)²². Né può tacersi che il principio di non discriminazione in base al sesso ha trovato consacrazione anche in documenti internazionali come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 23), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14) o la Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132: si veda, in particolare, l'art. 11 in materia di parità nel campo dell'impiego e tutela della maternità).

D'altra parte, alla realizzazione degli obiettivi di parità proclamati nella prima proposizione dell'art. 37 Cost. risulta strumentale lo stesso imperativo costituzionale di predisporre una tutela che possa considerarsi adeguata. Diventa allora decisivo intendere il significato di tale clausola, al fine di poter esprimere un giudizio sul trattamento economico che residua dalla mancata corresponsione dell'indennità giudiziaria.

Come si è visto, infatti, la Consulta ha sempre negato l'illegittimità della disciplina in esame, ritenendo che la tutela accordata alla donna magistrato durante il periodo di congedo integri tale requisito costituzionale, in quanto comunque sufficiente, nonostante la decurtazione dell'indennità giudiziaria, a far fronte agli oneri connessi alla maternità. Ma tale affermazione appare apodittica, per il fatto che il significato della clausola di adeguatezza contenuta nella disposizione costituzionale non può essere apprezzato in assoluto ma solo in quanto inserito nel sistema ordinamentale e sulla base di istruttorie che sono sempre mancate.

L'effettiva parità della donna lavoratrice, infatti, risulta possibile solo se la tutela speciale predisposta dal legislatore riesca ad essere efficace in un determinato contesto socio-economico. In altri termini, tale protezione deve raggiungere quel livello che consenta effettivamente alla donna di portare avanti

²² Cha ha abrogato le precedenti leggi in materia di parità di trattamento e azioni positive (ad esempio la l. n. 903/1977 e la l. n. 125/1991), accorpando le relative disposizioni in un unico testo normativo. Si veda ad esempio l'art. 1, che individua l'obiettivo della legge nell'intento di "eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo"; l'art. 25, che recepisce la distinzione di origine comunitaria fra discriminazione diretta e indiretta, su cui v. *infra*; l'art. 27, che vieta le discriminazioni nell'accesso al lavoro, in particolare quelle realizzate "attraverso il riferimento allo stato (...) di gravidanza" (comma 2 lett. a).

la sua scelta di maternità nel contesto di una concreta realtà del mercato del lavoro. Un intervento legislativo che, volendo predisporre particolari strumenti a tutela della lavoratrice madre, non tenesse conto del livello di protezione imposto dalle concrete dinamiche in cui la lavoratrice si trova inserita, sarebbe del tutto inefficace: vanificherebbe gli obiettivi di parità proclamati dal testo costituzionale, lasciando di fatto la donna nella condizione di inferiorità lavorativa provocata dal suo stato.

Ne consegue che il concetto di protezione adeguata utilizzato dalla disposizione costituzionale ha carattere relativo, in quanto destinato a seguire l'evoluzione delle dinamiche socio-economiche e del mercato del lavoro. La determinazione del suo contenuto non può quindi prescindere dall'interpretazione che di queste abbia dato lo stesso legislatore ordinario, così come non può tralasciarsi di considerare l'ordinamento complessivo nella predisposizione e nella evoluzione delle forme di tutela della lavoratrice madre, anche nell'opportuno confronto con le situazioni di fatto di altre lavoratrici madri, specie nel ceto di riferimento.

Non si tratta, allora, di subordinare il testo costituzionale alla legge. Si vuole piuttosto che la formula costituzionale riesca a svolgere un ruolo sempre efficace nella continua evoluzione del contesto sociale e normativo. Per questo il suo significato non può essere determinato se non nel sistema dell'ordinamento, rimanendo altrimenti una formula vuota, riempibile di contenuto ad arbitrio dell'interprete, e così privata delle sue potenzialità di tutela. La protezione dei diritti non può che guadagnare effettività da una lettura circolare dell'ordinamento, nel quale "i gradi inferiori si saldano con quelli superiori per esserne integrati e per integrarli"²³.

Pertanto, per giudicare se il trattamento economico complessivo che una determinata disciplina (nel caso in esame, quella predisposta per i magistrati) accorda alla lavoratrice durante il periodo del congedo per maternità integri una protezione adeguata ai sensi della disposizione costituzionale, non si può che considerarla alla luce dei livelli di protezione raggiunti nel nostro diritto positivo.

Per questa ragione risulta significativo ripercorrere brevemente le tappe fondamentali dell'evoluzione legislativa in materia di protezione della maternità, limitatamente agli aspetti relativi al trattamento economico che vengono qui in diretta considerazione, al fine di indagare il seguito che l'imperativo costituzionale ha avuto nella legislazione ordinaria e i motivi di discontinuità rispetto alla situazione anteriore alla Costituzione²⁴.

La prima forma di protezione economica della lavoratrice madre fu predisposta nel 1910, mediante l'istituzione di un'assicurazione obbligatoria e la contemporanea costituzione della Cassa nazionale di maternità (finanziata con i contributi posti a carico delle lavoratrici e degli imprenditori). Si provvedeva all'erogazione di un "sussidio" (di carattere assistenziale) in cifra fissa non raggugliata al salario e anticipato dal datore di lavoro (l. 17 luglio 1910 n. 520). La precedente disciplina, infatti, pur vietando di adibire la donna al lavoro,

²³ Così, nel ricostruire i rapporti tra Costituzione e legge ordinaria, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 140-142.

²⁴ Sulla legislazione precedente alla Costituzione, v. L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, vol. III, Milano, 1957, pp. 197 ss; DE LITALA, *Diritto delle assicurazioni sociali*, Torino, 1959, pp. 638 ss; M.L. BALLESTRERO, voce *Maternità*, cit., pp. 326 ss; ID, *Dalla tutela alla parità*, cit., pp. 19 ss; M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, cit., pp. 104 ss.

dapprima nelle quattro settimane successive al parto (l. 19 giugno 1902, n. 242, nota come “legge Carcano”), poi nell’ultimo mese di gravidanza e nel primo dopo il parto (r.d. 1 agosto 1907, n. 635, t.u. leggi sanitarie), non assicurava alla lavoratrice in congedo alcuna retribuzione né le garantiva la conservazione del posto di lavoro. La concessione del sussidio era comunque limitato alle categorie contemplate dal t.u. sul lavoro delle donne e dei fanciulli del 10 novembre 1907, n. 818, e cioè alle sole operaie occupate negli opifici industriali con più di cinque addetti (con esclusione dunque del lavoro impiegatizio, del lavoro agricolo e di quello a domicilio).

Non può trascurarsi però che il legislatore pre-repubblicano perseguiva in realtà finalità di ordine pubblico e di sanità pubblica, ossia interessi trascendenti quello individuale, che, in una prospettiva opposta a quella della Costituzione repubblicana, non era tutelato in quanto tale, ma indirettamente come conseguenza della realizzazione di quello pubblico. Analogamente, la legislazione fascista, pur ampliando in più direzioni le forme di tutela della lavoratrice madre, restava sempre ispirata ad obiettivi di politica demografica ed, in generale, alle finalità del regime²⁵.

Durante il periodo corporativo, il precedente regime assicurativo, facente capo alla Cassa nazionale di maternità, restò sostanzialmente invariato, sebbene progressivamente esteso a diverse categorie di lavoratrici²⁶. Nel 1943 fu riconosciuto alle lavoratrici madri occupate in alcuni settori di produzione il diritto a ricevere durante il periodo di astensione obbligatoria una indennità pari al 60% della retribuzione; l’accordo interconfederale per le operaie gestanti del

²⁵ Per tutti, M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, cit., p. 107, che individua lo scarto fra le discipline emanate a tutela delle lavoratrici madri a partire dalla fine del diciannovesimo secolo e quella posta dalla Costituzione Repubblicana nel fatto che, in quest’ultima, la tutela della donna lavoratrice non sia più strumentale alla cura di interessi pubblici ma assuma come riferimento l’interesse della stessa lavoratrice madre, ovvero “l’interesse alla eliminazione delle situazioni di bisogno in cui si trovano i cittadini, mezzo al fine di garantire l’effettivo godimento dei diritti civili e politici”.

²⁶ La legge sull’impiego privato (r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825) ha per la prima volta configurato la maternità come causa di sospensione del rapporto di lavoro, disponendo che “per i casi di interruzione del servizio per gravidanza e puerperio il principale conserverà all’impiegata il posto per il periodo di tre mesi” (art. 6). La stessa disposizione prescriveva l’obbligo di corrispondere l’intera retribuzione durante il primo mese di assenza e la metà negli altri due.

Ad una disciplina unitaria per le operaie e per le impiegate si pervenne attraverso una serie di provvedimenti: dapprima il r.d.l. 13 maggio 1929, n. 850, convertito nella l. 2 luglio 1929 (e relativo decreto di attuazione, r.d. 28 agosto 1930, n. 1358), poi il r.d.l. 22 marzo 1934, n. 654, convertito nella l. 5 luglio 1934, n. 1347, che ha previsto un unico sussidio (raddoppiato nel suo ammontare) erogato dalla Cassa nazionale di maternità, ancora calcolato in cifra fissa e condizionato ad un minimo di anzianità contributiva. La stessa legge ha poi esteso l’ambito di applicazione del regime assicurativo a tutte le tipologie lavorative, sebbene con alcune rilevanti eccezioni (il lavoro agricolo, familiare e a domicilio, le parenti e affini entro il terzo grado conviventi e a carico del datore di lavoro, le donne occupate negli uffici dello Stato, delle province, dei comuni, e nelle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza).

Successivamente, l’assicurazione per la maternità venne regolata dal r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827 (che l’ha estesa alle dipendenti del settore agricolo), sostituito poi dal r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, istitutivo dell’assicurazione per la nuzialità e la natalità, affidata alla gestione autonoma dell’Istituto nazionale della previdenza sociale, e finalizzata alla corresponsione di un assegno in occasione di matrimonio o della nascita di un figlio o anche di matrimonio di una figlia del lavoratore assicurato, purché la figlia non avesse diritto all’assegno per una propria assicurazione.

1946 prevedeva un periodo di congedo obbligatorio di tre mesi prima del parto e sei settimane dopo il parto e un trattamento economico pari ai 2/3 della retribuzione. La contrattazione collettiva ha poi ulteriormente innalzato il livello di protezione, prevedendo, per il settore tessile, una indennità pari al 70% della retribuzione.

Entrata in vigore la Costituzione, la prima attuazione dell'art. 37 Cost. avvenne con la l. 26 agosto 1950, n. 860, la quale, oltre ad ampliare l'ambito di applicazione della tutela (estesa alle lavoratrici dell'agricoltura e alle dipendenti di enti pubblici e società cooperative per le quali non vigesse una diversa, e non deteriore, disciplina), ha previsto la corresponsione di un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione per tutto il periodo di assenza obbligatoria dal lavoro. La legge del 1950 è stata implicitamente abrogata dalla l. 30 dicembre 1971, n. 1204, che, confermata la misura del trattamento economico (art. 15), ha ampliato ulteriormente i soggetti beneficiari, comprendendovi anche le apprendiste e le lavoratrici a domicilio (art. 18) e quelle addette ai servizi domestici e familiari (art. 19). La corresponsione dell'indennità di maternità, nella medesima misura percentuale, è stata poi disposta, ad opera della l. 29 dicembre 1987, n. 546, e della l. 11 dicembre 1990, n. 379, anche a favore delle lavoratrici autonome e delle libere professioniste.

Successivamente, la giurisprudenza costituzionale ha contribuito ad ampliare ulteriormente il novero delle categorie protette, includendovi, ad esempio, le imprenditrici agricole a titolo principale²⁷, o le c.d. lavoratrici socialmente utili²⁸, risultate così beneficiarie della disciplina dettata rispettivamente dall'art. 3, l. n. 546/1987 e dall'art. 15 l. n. 1204/1971. Il trattamento previsto da queste disposizioni, infatti, è stato considerato dalla Consulta quale attuazione minima dell'imperativo costituzionale di protezione della maternità, in mancanza della quale tale valore sarebbe rimasto privo di qualsiasi tutela. Ad avviso della Corte, infatti, se il legislatore può modulare le forme di tutela alla specificità delle situazioni lavorative, non può però compromettere la protezione del bene costituzionale della maternità, privandolo "di fondamentali garanzie costituzionalmente previste" qual è appunto il trattamento economico contemplato dalle due disposizioni e nelle forme da queste previste. Il d.lgs. n. 151 del 2001 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, che ha abrogato la legge n. 1204 del 1971) ha poi dato seguito all'intervento del giudice costituzionale, prevedendo espressamente, per entrambe le categorie, la corresponsione dell'indennità di maternità, sempre commisurata all'80% del loro normale trattamento economico (rispettivamente artt. 65 e 66).

Come si può notare, la dinamica ordinamentale non ha mai ridotto il livello di protezione raggiunto all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, ma si è impegnata piuttosto ad estenderlo, nel senso sia di ampliare il novero dei soggetti protetti, sia di incrementare la stessa misura del trattamento economico, nella prospettiva di pervenire, per quanto possibile, ad una tutela completa ed efficace della lavoratrice madre.

Tale tendenza si riscontra, da ultimo, nel più recente Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della

²⁷ Corte cost. n. 361/2000.

²⁸ Corte cost. n. 310/1999.

paternità (d.lgs. n. 151 del 2001) . In primo luogo, infatti, pur limitando il trattamento economico dei periodi di congedo obbligatorio ad una percentuale della retribuzione, si assume una base di calcolo tendenzialmente onnicomprensiva, in quanto all'importo della retribuzione media globale giornaliera deve aggiungersi "il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice" (art. 23 comma 2). In secondo luogo, l'art. 1 contiene una clausola generale che fa "salve le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione". E infatti la contrattazione collettiva, pur in assenza di un obbligo legislativo in tal senso²⁹, normalmente prevede a carico del datore di lavoro l'integrazione della indennità di maternità fino alla concorrenza della retribuzione complessiva.

A questo punto, la misura del trattamento economico della maternità definita dall'attuale legislazione ordinaria rappresenta un punto di riferimento nell'interpretazione della clausola di adeguatezza impiegata dall'art. 37 Cost. Ciò comporta che una disciplina che abbassasse in misura rilevante tale soglia di protezione difficilmente potrebbe ritenersi conforme al disposto costituzionale, in quanto contraddirebbe l'obbligo di predisporre una tutela che possa considerarsi "adeguata", nel significato che questa clausola ha progressivamente assunto nel nostro diritto positivo. Una disciplina siffatta lascerebbe incompiuto il percorso verso l'effettiva parità della lavoratrice madre, risultando insufficiente a rimuovere gli ostacoli che le dinamiche della società e del mercato del lavoro frappongono all'effettivo esercizio dei suoi diritti.

Questi rilievi possono pacificamente essere riferiti alla disposizione in esame, che, nel disporre la decurtazione dell'indennità giudiziaria durante il periodo di astensione obbligatoria, ha l'effetto di privare la donna magistrato in congedo di un terzo della sua retribuzione, riservandole così un trattamento economico notevolmente inferiore al livello generalmente raggiunto dal nostro ordinamento e che può ritenersi corrispondente ad una protezione adeguata. Quest'ultimo, alla luce delle precedenti considerazioni, non può che essere considerato "un punto di non ritorno, superabile per valorizzare ulteriormente i relativi principi costituzionali, non già per regredire verso situazioni di minore tutela"³⁰.

Tale conclusione appare accoglibile anche sotto un altro profilo, se si considera che il significato dell'art. 37 Cost. non si esaurisce nel porre "il conflitto (eventuale, ma probabile) fra lavoro e maternità e, per coerenza, (nel) risolve(rlo) a favore del primo"³¹. Ancora una volta, l'evoluzione dell'ordinamento è stata determinante per mettere in luce le potenzialità insite nelle formulazioni costituzionali. Non si intende svolgere una disamina degli istituti predisposti dalla legge a tutela della maternità e dell'infanzia, ma soltanto mettere brevemente in luce alcune linee di tendenza che risultano significative per

²⁹ R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 691.

³⁰ Anche a questo proposito, L. PALADIN, *Le fonti*, cit., p. 142, ove l'A. intende dimostrare che "la Costituzione non è solo condizionante ma viene a sua volta condizionata dalla legislazione attuativa" e in questo senso rappresenta "il frutto di una 'creazione storica', 'un dato che di continuo si trasforma', poiché incide su di esso l'attività legislativa rivolta a concretarlo".

³¹ M.L. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 141.

intendere il significato che la protezione della maternità assume nel nostro testo costituzionale e l'evoluzione intercorsa.

Come si è notato, scopo immediato della legislazione a tutela della maternità è la protezione della condizione fisica della donna in stato di gravidanza e durante il periodo immediatamente successivo al parto. Questo era il fine pressoché esclusivo della legge del 1950 e degli istituti da questa predisposti: si pensi, oltre all'astensione obbligatoria, alla disciplina dei riposi per l'allattamento e all'obbligo del datore di lavoro di istituire camere di allattamento.

L'attenzione per le problematiche connesse alla maternità e l'infanzia si è progressivamente spostata su altri versanti. L'estensione del diritto all'astensione obbligatoria e alla corresponsione della relativa indennità alle ipotesi di adozione o affidamento preadottivo (ad opera dell'art. 6 l. n. 903 del 1977, Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, disciplina poi estesa anche alle lavoratrici autonome e alle libere professioniste) e a quelle di affidamento familiare (ad opera della l. n. 184 del 1983), rese evidente come gli istituti a tutela della maternità avessero ormai assunto significati nuovi: lungi dal riferirsi esclusivamente agli aspetti strettamente fisici connessi alla gravidanza, quale condizione biologica della donna che richiede particolare protezione (ex art. 32 Cost.), dimostrano la loro attitudine a porsi a presidio anche, e soprattutto, dei momenti affettivi e relazionali che caratterizzano il rapporto fra la madre e il bambino e che si rivelano fondamentali per lo sviluppo della personalità di quest'ultimo³². Com'è noto, questa rinnovata consapevolezza, insieme al nuovo modo di intendere i rapporti familiari che ha ispirato la riforma del diritto di famiglia, di pochi anni precedente, ha condotto, a partire dalla stessa legge n. 903 del 1977 ed attraverso un lungo percorso normativo e giurisprudenziale, ad estendere l'operatività di tali istituti anche alla figura del padre, la cui presenza è riconosciuta altrettanto fondamentale di quella materna nella cura e nella crescita del bambino³³.

³² La centralità di questi aspetti nella predisposizione degli istituti a tutela della maternità è stata ampiamente messa in luce dalla stessa giurisprudenza costituzionale: v. ad esempio Corte cost. nn. 1/1987, 61/1991, 3/1998, 270/1999. In materia di adozione è inoltre significativa la sent. n. 371/2003, che ha riconosciuto il diritto della libera professionista che abbia adottato un bambino a percepire l'indennità di maternità, anche se il minore abbia superato i sei anni e fino al compimento di dodici anni, se di nazionalità italiana, o della maggiore età, se straniero. Nella giurisprudenza comunitaria, v. Corte di Giustizia, 27 ottobre 1998, causa C-411/96, *Boyle v. Equal Opportunities Commission* e Corte di Giustizia, 18 novembre 2004, in causa C-284/02, *Land Brandenburg v. Sass*.

³³ La legge n. 903 del 1977 ha riconosciuto per la prima volta al lavoratore, anche nel caso di adozione o affidamento, il diritto all'astensione facoltativa dal lavoro e ai permessi per malattia del bambino, in alternativa alla madre ovvero in esclusiva quando i figli fossero affidati al solo padre:(art. 7); tuttavia non veniva messo in discussione il ruolo insostituibile della presenza materna nel periodo immediatamente successivo al parto, restando infatti prerogativa della madre l'astensione obbligatoria post-partum e i riposi giornalieri (quest'ultima scelta risultava in effetti meno coerente, se si considera che già nella legge del 1971 i riposi non erano più collegati in via esclusiva, come avveniva in quella del 1950, alle esigenze dell'allattamento).

Questa impostazione risultava confermata nella motivazione della sentenza n. 1/1987 della Corte costituzionale, che ha riconosciuto al padre il diritto all'astensione obbligatoria nei primi tre mesi successivi al parto e ai riposi giornalieri solo nei casi di morte o grave infermità della madre, quindi solo in via sussidiaria rispetto alla figura materna. Un diverso orientamento sembrano seguire le sentenze nn. 341/1991 e 179/1993. La prima ha esteso al lavoratore, affidatario di un minore ai sensi dell'art. 10 della l. 4 maggio 1983, n. 184, il diritto ad astenersi

La tutela della maternità, pertanto, risulta ormai sganciata dall'evento del parto in quanto tale, collegandosi principalmente alla cura dell'interesse del minore e di quello degli stessi genitori all'educazione del figlio e ad un sereno svolgimento del rapporto filiale e delle complessive relazioni familiari, per fare in modo che non ricevano pregiudizio dallo svolgimento dell'attività di lavoro.

Un passo ulteriore è stato quello di svincolare l'istanza di tutela della maternità dalle problematiche connesse allo svolgimento di un rapporto di lavoro, entro cui era rimasta finora confinata.

Un primo segnale in tal senso era riscontrabile già nella legge n. 1204 del 1971, che, ad alcune condizioni, consentiva la corresponsione dell'indennità di

dal lavoro, in alternativa alla moglie, durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia affidataria. La seconda ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 903 del 1977, nella parte in cui non estendeva, in via generale ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri previsti dall'art. 10, l. 30 dicembre 1971, n. 1204, per l'assistenza al figlio nel suo primo anno di vita. Su questi aspetti, v. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., pp. 729 ss. Nonostante il giudice costituzionale, in queste pronunce, tenti di mostrare una continuità d'indirizzo rispetto a quello espresso qualche anno prima, prefigura in realtà un modello che in parte se ne discosta, in quanto la figura paterna viene intesa come vera e propria alternativa a quella materna; si spiega quindi che la Corte arrivi in questo caso ad auspicare che il legislatore estenda al padre lavoratore il diritto all'astensione obbligatoria al di là dei limiti fissati dalla pronuncia del 1987.

In realtà la legislazione successiva non è giunta a questo risultato; pur equiparando la posizione di entrambi i genitori con riferimento alle ipotesi di astensione facoltativa (c.d. congedo parentale previsto dall'art. 32 d.lgs. n. 151/2001), riposi giornalieri (che, disciplinati dagli artt. 39 e 40, devono essere goduti, nel caso di adozione, «entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia» anziché «entro il primo anno di vita del bambino»: Corte cost. n. 104/2003) e permessi per la malattia del figlio (art. 47), ha limitato l'istituto del congedo di paternità ai casi di morte, grave infermità della madre o di abbandono, oltre a quelli di affidamento esclusivo del bambino al padre (art. 28; in senso analogo disponeva l'art. 7 l. n. 53/2000). È da notare tuttavia che nelle ipotesi di adozione il padre può avvalersi del diritto di astenersi dal lavoro nei tre mesi successivi all'effettivo ingresso del minore nella famiglia in alternativa alla madre (art. 31). Evidentemente il legislatore ha tenuto conto del carattere specialissimo che contraddistingue il rapporto madre-figlio nei primi periodi successivi al parto naturale in confronto alle ipotesi di adozione.

È significativo, a questo riguardo, che la sent. n. 385/2005, che sembra collocarsi nella prospettiva delle sentenze nn. 341/1991 e 179/1993, si appelli, fra l'altro, al principio di parità fra i coniugi per sanzionare il mancato riconoscimento al libero professionista, adottivo o affidatario di un minore, della facoltà di avvalersi del congedo obbligatorio e di percepire la relativa indennità in alternativa alla madre.

La tutela del preminente interesse del minore alla presenza di entrambe le figure genitoriali è al centro anche della sent. n. 376/2000, che ha dichiarato illegittimo l'art. 17, comma 2, lettera d), l. 6 marzo 1998, n. 40 (Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), ora sostituito dall'art. 19, comma 2, lett. d), d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

Un percorso non dissimile sembra aver compiuto la Corte di Giustizia. Nel caso *Hofmann* ha avallato la legislazione tedesca che attribuiva solo alla madre e non anche al padre il diritto all'astensione facoltativa dal lavoro fino al sesto mese di vita del bambino, ritenendo meritevole di tutela la "speciale relazione che si instaura fra madre e bambino successivamente alla nascita", evidentemente non equiparabile a quella esistente con il padre: Corte di Giustizia, 12 luglio 1984, in causa C-184/83, *Hofmann v. Barmer Ersatzkasse*. Nella più recente sentenza *Griesman* la Corte ha ritenuto discriminatoria l'esclusione dal beneficio della maggiorazione di anzianità, utile per il calcolo della pensione di vecchiaia, nella misura di un anno per ogni figlio,

maternità anche in assenza di un rapporto di lavoro in atto³⁴; in questo caso, la dissociazione non era completa, dato che lo scopo era quello di “indennizzare la donna lavoratrice per la perdita della retribuzione ricavabile dal lavoro che essa avrebbe presumibilmente potuto trovare o riprendere se non ne fosse stata impedita dalla maternità e dal periodo di astensione obbligatoria dal lavoro che essa comporta”³⁵.

Più significativi sono quei casi, più recenti, nei quali il legislatore ha disposto la concessione di un assegno a sostegno della maternità nei casi di limitate risorse economiche del nucleo familiare di appartenenza della madre, a prescindere dal fatto che questa svolga un'attività lavorativa (art. 66, l. 23 dicembre 1998, n. 448; art. 49, l. 23 dicembre 1999, n. 488; art. 80, l. 23 dicembre 2000, n. 388; art. 74, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151). Evidentemente, in tali ipotesi, la maternità è assunta come oggetto di protezione in quanto tale e non solo in quanto inserita nell'ambito di un rapporto di lavoro.

Questa prospettiva è stata fatta propria dalla stessa giurisprudenza costituzionale. La sent. n. 405/2001, ad esempio, ha disposto che l'indennità di maternità debba essere corrisposta anche nelle ipotesi di licenziamento della lavoratrice per colpa grave, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, che si verifichi durante i periodi di astensione obbligatoria. Ritenendo che “il fondamento della protezione sia sempre più spesso e sempre più nitidamente ricondotto alla maternità in quanto tale e non più, come in passato, solo in quanto collegata allo svolgimento di un'attività lavorativa subordinata”, la Corte ha concluso nel senso che escludere la corresponsione dell'indennità in ragione del licenziamento violi l'obbligo costituzionale di protezione della maternità sancito dagli artt. 31 e 37 Cost.

Spostata l'attenzione sulla tutela “della maternità in quanto tale piuttosto che della lavoratrice madre”³⁶, la prima ha assunto i contorni di un valore costituzionalmente tutelato in quanto tale³⁷, non più nella prospettiva di una sua

dei lavoratori padri “in grado di provare di aver preso a carico l'allevamento dei figli”, smentendo così per la prima volta l'idea della infungibilità delle donne nell'espletamento dei compiti di educazione ed assistenza propri della vita familiare: Corte di Giustizia, 29 novembre 2001, in causa C-366/99, *Griesman v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*.

³⁴ Si fa riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 17 della legge, che disponeva la corresponsione dell'indennità di maternità anche nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro per cessazione dell'attività dell'azienda o scadenza del termine, che si fossero verificati durante i periodi di interdizione dal lavoro. Era poi disposto che le lavoratrici che si trovassero, all'inizio del periodo di astensione obbligatoria, sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione, ovvero disoccupate, fossero ammesse al godimento dell'indennità di maternità purché tra l'inizio della sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e quello del congedo non fossero decorsi più di sessanta giorni. Tale disciplina è ora contenuta nell'art. 24 d.lgs. n. 151/2001.

³⁵ Corte cost. n. 132/1991.

³⁶ Corte cost. nn. 495/2002 e 197/2002.

³⁷ Su questo aspetto, M. LUCIANI, *La protezione della maternità davanti alla Corte. Brevi note sulla sent. n. 405 del 2001*, in *Giur.cost.*, 2001, p. 3922, secondo cui “nella giurisprudenza costituzionale la logica dell'art. 31 finisce per penetrare all'interno dell'ambito precettivo dell'art. 37, inducendo una protezione della donna lavoratrice che (con felice paradosso) prescinde largamente da questa condizione soggettiva”; C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 6, p. 1317 ss.

“funzione sociale”³⁸, ma del riconoscimento di una “condizione personale, che trova peculiare considerazione costituzionale”³⁹.

All’esito di questa evoluzione normativa e giurisprudenziale, l’esperienza della maternità è emersa in tutta la complessità delle sue implicazioni, che non si esauriscono affatto nelle esigenze fisiche connesse allo stato di gravidanza o puerperio, ma abbracciano l’insieme dei significati individuali e delle relazioni affettive che accompagnano la scelta di dare alla luce un figlio e di dedicarsi alla sua cura. Questa scelta, infatti, felice o sofferta che possa essere a seconda delle circostanze concrete in cui è vissuta, è comunque carica di significati che investono la realizzazione della persona. Il suo valore non resta più nell’ombra, ossia privo di qualsiasi rilevanza giuridica, ma assurge alla considerazione del diritto, ed in particolare dell’ordinamento costituzionale, che riconosce nella maternità un fondamentale momento di realizzazione della donna e di sviluppo della sua personalità. L’art. 37 Cost., insieme all’art. 31 Cost., contiene questo riconoscimento: con un significato che trascende il rapporto maternità-lavoro, si esprime un valore primario ed una situazione soggettiva protetta al livello più elevato, in quanto espressione della dignità della donna e quindi oggetto di un suo diritto inviolabile ex art. 2 Cost.

Il concetto di protezione adeguata, allora, si riveste di ulteriori significati, rappresentando non soltanto il livello di protezione necessario a garantire l’effettiva parità dei lavoratori di entrambi i sessi ma la tutela minima richiesta dalla Costituzione a presidio di un diritto fondamentale della persona, in mancanza della quale questo risulterebbe leso. Rispetto a tale tutela la discrezionalità del legislatore non è affatto piena. La stessa norma che attribuisce alla lavoratrice madre l’ottanta per cento della sua retribuzione, che, come si è visto, rappresenta oggi il contenuto costante che il legislatore ha dato alla protezione richiesta dal testo costituzionale, può ritenersi allo stato costituzionalmente necessaria, in quanto appresta “quel minimo di tutela che determinate situazioni esigono secondo Costituzione”⁴⁰ e rispetto al quale il legislatore non potrebbe intervenire se non in senso migliorativo.

La disciplina posta dalla legge n. 27 del 1981, nel riservare ai magistrati in congedo di maternità un trattamento inferiore a quello che potrebbe considerarsi adeguato, risulta pertanto censurabile anche sotto questo profilo. La predisposizione di una tutela insufficiente non soltanto contraddice il principio di parità compromettendo l’uguale esercizio del diritto al lavoro della donna magistrato, ma lede il contenuto essenziale della tutela costituzionale della maternità, quale situazione soggettiva protetta dall’ordinamento a livello primario e oggetto di un diritto fondamentale della persona.

Queste due prospettive sono entrambe contenute dall’art. 37 Cost., ne rappresentano le “anime” che rispecchiano i due aspetti inscindibili della realizzazione della persona: il momento sociale, che si esplica attraverso il lavoro, e quello individuale, che si esprime attraverso la libera scelta della maternità.

³⁸ Corte cost. nn. 1/1987 e 276/1988.

³⁹ Corte cost. n. 310/1999.

⁴⁰ Corte cost. n. 26/1981.

4. Le ultime considerazioni consentono di apprezzare un ulteriore motivo di illegittimità della disciplina in esame, ossia la violazione dell'art. 3 Cost, sotto il profilo della disparità di trattamento che le donne magistrato subiscono rispetto ad altre categorie di lavoratrici.

La violazione del principio di uguaglianza formale può essere rilevata, in primo luogo, assumendo come *tertium comparationis* la disciplina che il d.lgs. n. 151 del 2001 pone per la generalità delle dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Come già ricordato, queste ricevono durante il congedo per maternità un trattamento economico notevolmente superiore rispetto a quello riservato alle donne magistrato per effetto della decurtazione dell'indennità giudiziaria; per di più, sono loro riconosciuti, seppure in percentuale, anche i trattamenti accessori eventualmente corrisposti in dipendenza del rapporto di lavoro (secondo quanto dispone l'art. 23 comma 2), come messo in rilievo nella stessa Relazione accompagnatoria alla legge finanziaria del 2005 (l. n. 311/2004).

Inoltre, come rilevato nelle più recenti ordinanze di rimessione (quelle del Consiglio di Stato, del T.a.r. Catania, del T.a.r. Lombardia e del T.a.r. Lecce), la stessa indennità giudiziaria viene da tempo corrisposta alle dipendenti delle segreterie e cancellerie giudiziarie anche nei periodi di congedo per maternità, secondo quanto disposto dall'art. 21, d.P.R. 17 gennaio 1990, n. 44 (Regolamento per il recepimento delle norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 26 settembre 1989 concernente il personale del comparto Ministeri ed altre categorie di cui all'art. 2 del d.P.R. 5 marzo 1986, n. 68): il personale di magistratura risulta pertanto destinatario di un trattamento ingiustificatamente più sfavorevole rispetto a quello del personale amministrativo, compreso quello dipendente dal Ministero della Giustizia.

Come si è visto, la Corte Costituzionale ha sempre negato l'esistenza di una discriminazione rispetto a tutti i *tertium comparationis* invocati, sul presupposto che la disciplina dettata dalla legge n. 27/1981 non possa essere apprezzata con riferimento al principio di uguaglianza formale, in quanto connessa al peculiare stato costituzionale del magistrato. Ma l'analisi svolta sul significato della protezione della maternità nel nostro testo costituzionale vale a privare di rilievo tale assunto.

Una volta che si sia riconosciuto nella maternità un bene costituzionalmente protetto in quanto espressione delle dignità della persona e oggetto di un suo diritto fondamentale, non può non affermarsene il carattere unitario. Un interesse siffatto non può che essere riferito alla persona in quanto tale, a prescindere dalle specificità della situazione lavorativa nella quale si trova inserita, la quale potrà assumere rilievo nella scelta delle modalità di tutela, ma non nella considerazione del valore protetto, che è sempre uguale⁴¹.

È da questa prospettiva che occorre valutare la posizione del magistrato per poter eventualmente rilevare una specificità tale da giustificare un diverso trattamento dei periodi di maternità. Da questo punto di vista, l'interesse della donna magistrato non differisce da quello di qualsiasi altra lavoratrice: la posizione che il testo costituzionale le attribuisce, certamente assistita da particolari garanzie di autonomia e indipendenza, non è in grado in quanto tale di giustificare un trattamento deteriore dei periodi di astensione obbligatoria,

⁴¹ V. in questo senso Corte cost. nn. 197/2002 e 361/2000.

perchè non ha incidenza alcuna su quanto attiene alla sua scelta di avere un figlio e alla protezione che di questa scelta la Costituzione prescrive. Né un tale trattamento risulta giustificato da una peculiarità che riguardi le condizioni del suo rapporto di lavoro rispetto a quello della generalità delle dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Un'indiretta conferma di tale considerazione può trarsi da quelle pronunce in cui il riferimento all'unitario valore della maternità è stato il principale argomento che ha indotto la Corte ad estendere alle lavoratrici autonome forme di tutela predisposte dal legislatore per quelle subordinate, così da porre rimedio alla disparità di trattamento che le prime avrebbero altrimenti subito (Corte cost. nn. 197/2002, 495/2002 e 371/2003: nei primi due casi attraverso sentenze interpretative di rigetto, nel terzo con una pronuncia di accoglimento)⁴². Proprio in ragione del comune valore da tutelare, la Corte ha ritenuto comparabili le due categorie, superando sul punto una giurisprudenza in senso contrario. Chiamata infatti più volte a pronunciarsi sulla legittimità delle differenze riscontrabili nella disciplina predisposta a tutela delle lavoratrici autonome rispetto a quella dettata per le lavoratrici subordinate, per molto tempo aveva adottato sentenze di inammissibilità o di infondatezza, con le quali aveva sempre escluso l'illegittimità di trattamenti meno favorevoli per le prime, sul presupposto della difformità delle rispettive situazioni, "ancorché in relazione al medesimo evento della gravidanza"⁴³.

⁴² Le prime due sentenze riguardano entrambe l'ipotesi del parto prematuro: la Corte ha interpretato, rispettivamente, gli articoli 3 e 4 della l. n. 546/1987 (Indennità di maternità per le lavoratrici autonome) nel senso che l'indennità spetta in ogni caso per la durata complessiva di cinque mesi, così come testualmente disposto, per le lavoratrici subordinate, dall'art. 11, l. 8 marzo 2000, n. 53 (disposizione ora trasfusa, per le lavoratrici autonome, nell'art. 68 d.lgs. n. 151/2001, non ancora applicabile ai casi di specie).

La sent. n. 371/2003, come si è già visto, ha invece riconosciuto il diritto della libera professionista che abbia adottato un bambino a percepire l'indennità di maternità, anche se il minore abbia superato i sei anni e fino al compimento di dodici anni, se di nazionalità italiana, o della maggiore età, se straniero, così come già previsto, fra l'altro, a favore delle lavoratrici dipendenti.

⁴³ In tal senso si era espressa, ad esempio, nelle sentenze nn. 181/1993 e 150/1994 o nella sent. n. 3/1998.

La prima di queste pronunce ha ad oggetto la mancata estensione, a favore delle lavoratrici autonome, del diritto all'indennità per astensione anticipata dal lavoro, previsto dall'art. 5 l. n. 1204/1971 per le lavoratrici subordinate: la Corte ha auspicato, in forza dell'art. 32 Cost., la predisposizione da parte del legislatore di forme di tutela del valore della maternità anche a favore di queste categorie di lavoratrici (anche nel senso di "disincentivare, anche mediante provvidenze economiche, l'interesse della lavoratrice autonoma a tenere lo stesso ritmo di lavoro in presenza di complicanze o altre forme morbose nel periodo di gravidanza"); ma ha escluso l'esistenza di una disparità di trattamento fra queste e quelle subordinate per il fatto che le loro situazioni non sono comparabili. Per la stessa ragione la sent. n. 150/1994 ha negato la natura discriminatoria dell'art. 7, l. 9 dicembre 1977, n. 907, che riconosceva al padre lavoratore il diritto all'astensione facoltativa dal lavoro per sei mesi nel primo anno di vita del bambino soltanto nell'ipotesi in cui la madre fosse lavoratrice subordinata, e non anche nel caso in cui questa fosse lavoratrice autonoma (pur ammettendo, come nel caso precedente, che rimaneva "aperta la possibilità, di cui è auspicabile la realizzazione, che il futuro legislatore perfezioni nel modo che riterrà opportuno la normativa vigente nel senso di una maggiore protezione del valore della maternità anche a favore delle lavoratrici autonome"). Lo stesso tipo di argomentazioni si ritrova nella sent. n. 86/1994 sulla tutela delle lavoratrici addette a servizi domestici.

L'orientamento giurisprudenziale è stato confermato dalla sent. n. 385/2005, che ha ritenuto illegittimo, in quanto discriminatorio, il mancato riconoscimento al padre adottivo o affidatario libero professionista della facoltà di avvalersi del congedo in alternativa alla madre e del corrispondente diritto all'indennità. A giudizio della Corte, "tale discriminazione rappresenta un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore"; ancora: "la violazione del principio di uguaglianza appare ancor più evidente se si considera che il legislatore ha riconosciuto tale facoltà ai padri che svolgano un'attività di lavoro dipendente: il non aver esteso analoga facoltà ai liberi professionisti determina una disparità di trattamento fra lavoratori che *non appare giustificata dalle differenze, pur sussistenti, fra le diverse figure (differenze che non riguardano, certo, il diritto a partecipare alla vita familiare in egual misura rispetto alla madre)*, e non consente a questa categoria di padri-lavoratori di godere, alla pari delle altre, di quella protezione che l'ordinamento assicura in occasione della genitorialità, anche adottiva" (corsivo non testuale).

Analoghi rilievi possono essere mossi nei confronti della disciplina dettata per le donne magistrato: le differenze, pur sussistenti, che caratterizzano la loro posizione costituzionale rispetto a quella delle altre categorie di lavoratrici non attengono all'esperienza che esse vivono con la scelta della maternità e non sono pertanto in grado di giustificare un diverso livello di protezione di un momento per entrambe ugualmente realizzativo della propria persona.

La discriminazione che la legge n. 27 del 1981 determina a carico delle donne magistrato risulta pertanto ingiustificata proprio alla luce del significato che la maternità assume nel nostro ordinamento costituzionale. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che lo ha progressivamente messo in luce non si è fatta interprete di un'astrazione normativa, ma di un modo di intendere le problematiche connesse alla maternità che è ormai radicato nella coscienza sociale e che porta a ritenere odiose tutte le forme di discriminazione legate alla scelta della donna di avere un figlio e di dar vita ad una famiglia. Un comune sentire che veda nella maternità uno dei principali momenti di realizzazione della persona ed espressione della sua dignità rende socialmente intollerabile qualsiasi scelta normativa che distingua fra donna e donna nell'apprestare gli strumenti di tutela della loro scelta di dare alla luce un figlio. Il giudice costituzionale è chiamato a farsi interprete privilegiato di tale maturazione del sentimento collettivo, traducendo quella valutazione di intollerabilità sociale in un giudizio di irragionevolezza⁴⁴.

È da notare che, nel sollevare la questione di costituzionalità decisa con la sent. n. 197/2002, il giudice *a quo*, sulla scorta della pregressa giurisprudenza costituzionale (cita infatti le sentenze nn. 181/1993, 364/1995 e 3/1998), abbia lamentato la violazione dell'art. 3, primo comma, Cost. "non con riferimento al raffronto tra la disciplina delle lavoratrici subordinate e quella delle lavoratrici coltivatrici dirette, ma con raffronto tra lavoratrici coltivatrici dirette che partoriscono prematuramente e lavoratrici coltivatrici dirette che partoriscono a termine". L'argomentazione della Corte, invece, si concentra interamente sul raffronto fra le lavoratrici autonome e quelle subordinate.

⁴⁴ Cfr. per la ricostruzione del significato della ragionevolezza in termini di tollerabilità sociale, A. CARIOLA, *Legittimazione del giudice costituzionale ed uso del criterio di ragionevolezza*, in A. CARIOLA, *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, 2007, p. 219.

5. Altro fronte di analisi della disciplina posta dall'art. 3, l. n. 27 del 1981 riguarda la sua compatibilità con i principi dell'ordinamento comunitario. Il trattamento peggiore che la donna magistrato subisce durante il periodo di congedo obbligatorio per maternità rispetto alla generalità dei suoi colleghi potrebbe infatti integrare una violazione del principio sancito dall'art. 141 TCE, in quanto discriminazione nel trattamento retributivo fondata sul sesso.

Il principio della "parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore", sancito dall'originario art. 119 TCE, originariamente letto alla luce degli obiettivi generali del Trattato, come strumento per evitare distorsioni della concorrenza all'interno del mercato comune attraverso forme di sottoretribuzione del lavoro femminile, ha presto assunto un significato più ampio, grazie soprattutto alla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia: infatti, considerate prevalenti le implicazioni di politica sociale, il principio di parità retributiva è stato riconosciuto espressione di un diritto fondamentale della persona⁴⁵.

Il giudice comunitario ne ha affermato l'efficacia diretta nei confronti non solo degli Stati membri ma anche dei singoli datori di lavoro⁴⁶, in quanto "principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario"⁴⁷. Applicato in numerosi atti comunitari⁴⁸, è divenuto espressione di un principio più generale di non discriminazione fra i lavoratori di entrambi i sessi⁴⁹, finché il Trattato di Amsterdam non ha inserito al terzo comma dell'art. 119 (divenuto art. 141) la più comprensiva proclamazione delle "pari opportunità e parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego".

L'opera della giurisprudenza è stata determinante nell'orientare l'attività degli interpreti soprattutto su due fronti: il concetto di retribuzione e la nozione di discriminazione.

Sotto il primo profilo, la Corte ha avallato una nozione molto ampia, dando seguito alla definizione tendenzialmente onnicomprensiva fornita dalla disposizione del Trattato, che considera retribuzione "il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo". Ciò induce ad abbracciare anche i molteplici elementi retributivi legati a circostanze specifiche, come indennità e premi, e quelli differiti, fra i quali le prestazioni con finalità previdenziali

⁴⁵ Corte di Giustizia, 10 febbraio 2000, in causa C-50/96, *Deutsche Telekom v. Schröder*, punti 55-57.

⁴⁶ Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, in causa 43/75, *Defrenne*.

⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia, 10 febbraio 2000, in causa C-50/96, *Deutsche Telekom*, cit., e Corte di Giustizia, 26 giugno 2001, in causa C-381/99, *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*.

⁴⁸ Com'è noto, il principio di parità fra i lavoratori di entrambi i sessi ha trovato applicazione in numerose direttive: ad esempio la direttiva 75/117 sulla parità retributiva; la n. 76/207 (modificata dalla direttiva n. 2002/73) che riguarda la parità nell'accesso all'impiego, alla formazione professionale e nelle condizioni di lavoro; la n. 79/7 sulla parità di trattamento in tema di sicurezza sociale. Più tardi sono seguite le direttive n. 86/378 sulla parità nei regimi professionali di previdenza sociale (poi modificata dalla direttiva n. 96/97) e n. 86/613 sulla parità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici che esercitano attività autonoma; la direttiva 96/34 sui congedi parentali; la n. 97/80 sull'onere della prova della discriminazione.

La più recente è la direttiva n. 2006/54, che ha accorpato in un unico testo il contenuto delle direttive n. 75/117, 76/207, 86/378 e 97/80, che sono abrogate a decorrere dal 15 agosto 2009.

⁴⁹ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 120 ss.

rivestono particolare rilievo⁵⁰. Natura retributiva è stata riconosciuta, ad esempio, alle indennità di malattia pagate dal datore di lavoro⁵¹ o alle somme che lo stesso corrisponde, in virtù della legge o di convenzioni collettive, ad una lavoratrice durante il congedo di maternità⁵², in quanto fondate sul rapporto di lavoro.

Ai fini di valutare l'esistenza di una discriminazione, il confronto deve essere effettuato su ciascun elemento della retribuzione e non sul trattamento economico complessivamente considerato⁵³. Occorre valutare se eventuali differenze siano discriminatorie nei confronti della lavoratrice o siano fondate su ragioni oggettive, dimostrabili, anche *ex post*, in sede giudiziaria, ed estranee a qualsiasi discriminazione basata sulla diversità di sesso⁵⁴. È stata, ad esempio, ravvisata una discriminazione nell'ipotesi in cui una indennità integrativa mensile dello stipendio veniva corrisposta ad alcuni lavoratori in misura superiore rispetto a quella versata alla ricorrente, nonostante le loro paghe base fossero uguali: tale indennità, infatti, secondo il giudice comunitario, ha natura retributiva ed è pertanto sottoposta al principio sancito dall'art. 141 TCE⁵⁵.

Sul secondo versante, fondamentale è stato l'apporto della giurisprudenza nella elaborazione della distinzione fra discriminazione diretta e indiretta⁵⁶. In

⁵⁰ M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2007, pp. 252 ss, e *ivi* riferimenti giurisprudenziali.

⁵¹ Corte di Giustizia, 13 luglio 1989, in causa 171/88, *Rinner-Kuehn v. FWW Spezial-Gebaeudereinigung GmbH & Co. KG*.

⁵² Corte di Giustizia, 13 febbraio 1996, in causa C-342/93, *Gillespie e a. v. Northern Health and Social Services Board*; Corte di Giustizia, 27 ottobre 1998, in causa C-411/96, *Boyle e a. v. Equal Opportunities Commission*; Corte di Giustizia, 30 marzo 2004, in causa C-147/02, *Alabaster v. Woolwich*, con nota di A. OCCHINO, *Il congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: due variazioni sul tema*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, 4, p. 704 ss

⁵³ Corte di Giustizia, 6 aprile 2000, in causa C-226/98, *Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger e Sygesikringens Forhandlingsudvalg*: "una vera trasparenza, che consenta un controllo efficace, è garantita solo applicando tale principio a ciascun elemento della retribuzione corrisposta rispettivamente ai lavoratori di sesso maschile o femminile e non solo sulla scorta di una valutazione globale dei vantaggi loro concessi" (punto 27); negli stessi termini, Corte di Giustizia, 26 giugno 2001, in causa C-381/99, *Brunnhofers*, cit.

⁵⁴ L. ANGIELLO, *La retribuzione*, Milano, 2003, p. 53.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 26 giugno 2001, in causa C-381/99, *Brunnhofers*, cit. La precisazione appare importante, dato che, in altra pronuncia, la Corte sembra limitare il confronto alla sola paga base :v. Corte di Giustizia, 30 marzo 2000, in causa C-236/98, *Jämställhetsombudsmannen v. rebro läns landsting*, con nota di D. GOTTARDI, *Trattamenti retributivi differenziati e principio di parità uomo-donna: la Corte Cee restringe il confronto alla sola paga base*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, pp. 891 ss: la controversia aveva ad oggetto il trattamento retributivo riconosciuto a due ostetriche, inferiore rispetto a quello di un tecnico ospedaliero, in presenza di un lavoro da considerare equivalente; secondo la Corte, "la circostanza che l'indennità per orario disagiato vari a seconda dei mesi, in funzione del periodo della giornata in cui i turni in questione vengono svolti, comporta la difficoltà di compiere un raffronto sensato tra la retribuzione complessiva di un'ostetrica, con i relativi elementi accessori, da un lato, e la retribuzione della categoria che funge da parametro per il raffronto, dall'altro"; la discriminazione, pertanto, è stata riscontrata avendo riguardo alla sola retribuzione base mensile.

⁵⁶ La distinzione fra discriminazione diretta e discriminazione indiretta è stata elaborata dalla Corte di Giustizia ben prima della sua codificazione da parte del legislatore comunitario (v. Corte di Giustizia, 31 marzo 1981, in causa 96/80, *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd* e Corte di Giustizia, 13 maggio 1986, in causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus v. Weber von Hartz*; per un esempio recente, v. Corte di Giustizia, 30 marzo 2000, in causa C-236/98,

questa sede, interessa per lo più analizzare gli aspetti relativi ai presupposti applicativi del principio di parità retributiva e alle possibili cause giustificative delle eventuali discriminazioni, così come definiti dalla stessa giurisprudenza comunitaria.

Affinché possa invocarsi l'applicazione dell'art. 141 TCE è necessario che il lavoratore e la lavoratrice si trovino in situazioni effettivamente comparabili. A questo fine possono assumere rilievo diversi elementi, quale, ad esempio, la diversa qualificazione professionale dei lavoratori, che "non costituisce solo uno dei fattori che possono giustificare obiettivamente una differenza nelle retribuzioni concesse ai lavoratori che effettuano lo stesso lavoro (...) [ma] figura anche tra i criteri che consentono di verificare se i lavoratori effettuino o meno uno stesso lavoro"⁵⁷. Sicché anche in presenza di lavori apparentemente identici, sarà giustificata una differenza retributiva in ragione della diversa professionalità dei dipendenti.

È poi necessario che le differenze nelle condizioni retributive di lavoratori che svolgono uno stesso lavoro o un lavoro di identico valore possano essere ricondotte ad un'unica fonte, in modo che sia individuabile un soggetto responsabile della disuguaglianza: pur non essendo necessario che i lavoratori posti a confronto si trovino alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, le discriminazioni devono trovare origine da norme di legge o di contratti collettivi o riguardare attività svolte nell'ambito della stessa azienda o ufficio, pubblici o privati⁵⁸.

Jämställhetsombudsmannen, cit.). In effetti già la direttiva 76/207 dichiarava illegittimi gli atti e i trattamenti che discriminano direttamente o indirettamente mediante il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia; ma è merito della giurisprudenza della Corte aver precisato e affinato la nozione di discriminazione indiretta, come "discriminazione rilevabile negli effetti, cioè che risulta dalle conseguenze sproporzionalmente sfavorevoli, in capo ai lavoratori dell'uno o dell'altro sesso, di criteri di valutazione apparentemente neutri e non essenziali al lavoro svolto": M ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 248. Tale acquisizione è stata poi recepita dal legislatore nazionale (nell'art. 4 l. 125/1991, ora trasfuso nell'art. 25 comma 2 del d.lgs. 198/2006) e comunitario (prima dalla direttiva 97/80 sull'onere della prova e poi dalla direttiva 2002/73, che ha modificato quella del '76; oggi la definizione è contenuta nell'art. 2 della direttiva 2006/54).

⁵⁷ Corte di Giustizia, 11 maggio 1999, in causa C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse c. Wiener Gebietskrankenkasse*, punto 19; l'affermazione che la comparabilità fra le situazioni giuridiche sia presupposto per l'applicazione del principio di parità e non discriminazione è costante nella giurisprudenza della Corte: si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 31 maggio 2001, in cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P D. c. *Consiglio*; Corte di Giustizia, 12 ottobre 2004, in causa C-313/02, *Wippel v. Cloppenburg GmbH & Co. KG*, con nota di G. RICCI, *Il lavoro a chiamata: una fattispecie "atipica" per la Corte di giustizia*, in *Foro italiano*, 2006, IV, pp. 268 ss.: questa sentenza ha ad oggetto una particolare tipologia di contratto di lavoro part-time, nella quale la durata del lavoro e l'organizzazione dell'orario sono determinate caso per caso di comune accordo tra le parti interessate, senza predeterminazione né di un orario giornaliero e/o settimanale né di un trattamento retributivo fisso, stabilito di volta in volta in ragione dell'attività effettivamente svolta e dei risultati raggiunti; una fattispecie di questo tipo, in quanto non comparabile con un rapporto di lavoro a tempo pieno, risulta sottratto, per il giudice comunitario, all'applicazione del principio di parità retributiva.

⁵⁸ Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-320/00, *Lawrence e a. v. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group e Mitie Secure Services Ltd*, che ha negato che l'art. 141 del Trattato possa essere invocato dalle dipendenti dell'impresa appaltatrice per rivendicare il migliore trattamento salariale accordato ai dipendenti dell'impresa appaltante che svolgono il medesimo servizio. Lo stesso principio è stato riaffermato da Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, in causa C-256/01, *Allonby v. Accrington & Rossendale College*, che ha escluso

Per quanto attiene alle cause giustificative delle eventuali discriminazioni, la giurisprudenza della Corte di giustizia sembra distinguere fra discriminazioni dirette e indirette. Se le prime sono sempre vietate, è costante l'affermazione che discriminazioni a carico dei lavoratori di sesso femminile sono ammissibili solo se giustificate da ragioni oggettive, estranee a qualsiasi discriminazione fondata del sesso⁵⁹.

Tali possono essere considerati, ad avviso del giudice comunitario, alcuni criteri di classificazione, quali l'anzianità di servizio, la flessibilità (o adattabilità del lavoratore) o la qualificazione professionale del lavoratore⁶⁰. In ogni caso la differenza retributiva non può essere giustificata da fattori conosciuti dopo l'entrata in servizio, in relazione alla differente capacità individuale di lavoro o alla diversa qualità delle prestazioni⁶¹.

In effetti sul punto la giurisprudenza non ha sempre mostrato il medesimo rigore. Nel caso *Enderby*, ad esempio, la Corte ha ammesso che valutazioni connesse alla situazione del mercato del lavoro possano costituire possibili ragioni giustificative di differenze retributive fra uomini e donne: il datore di lavoro, infatti, per incoraggiare l'occupazione in un determinato settore

l'applicabilità della medesima disposizione alla donna che, dopo il mancato rinnovo del contratto di lavoro a termine, venendo messa a disposizione del suo ex datore di lavoro per fornirgli, con l'intermediazione di un'impresa di lavoro temporaneo, le stesse prestazioni svolte in precedenza, lamentava una discriminazione retributiva rispetto alla retribuzione percepita, per il medesimo lavoro, da un lavoratore dipendente dal suo precedente datore di lavoro. Sul problema della fonte della discriminazione si veda anche Corte di Giustizia, 27 ottobre 1993, in causa C-127/92, *Enderby v. Frenchay Health Authority*, punto 22: "La circostanza che i livelli retributivi di cui trattasi siano stati determinati tramite contrattazioni collettive che sono state condotte separatamente per ciascuno dei due gruppi professionali interessati e che non hanno avuto effetti discriminatori nell'ambito di ciascuno di questi due gruppi non osta alla constatazione del fatto che, a prima vista, ci si trova di fronte a una discriminazione, qualora tali contrattazioni abbiano portato a risultati implicanti una disparità di trattamento fra due gruppi che dipendono dallo stesso datore di lavoro e che sono rappresentati dallo stesso sindacato. Come rilevato dal governo tedesco, il datore di lavoro potrebbe facilmente eludere attraverso separate contrattazioni il principio della parità delle retribuzioni, se, per giustificare la disparità salariale, potesse limitarsi a far valere l'assenza di discriminazioni nell'ambito di ciascuna contrattazione considerata separatamente".

⁵⁹ Una questione che ha ampiamente occupato la giurisprudenza comunitaria riguarda l'eventuale natura indirettamente discriminatoria delle speciali, e meno favorevoli, discipline dettate per il rapporto di lavoro a tempo parziale, in considerazione del fatto che i lavoratori occupati con tale tipologia contrattuale sono prevalentemente di sesso femminile: fra le pronunce più recenti, Corte di Giustizia, 10 marzo 2005, in causa C-196/02, *Nicoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*; Corte di Giustizia, 27 maggio 2004, in causa C-285/02, *Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen*; si veda inoltre l'ampia disamina di E. TRAVERSA, *La protezione dei lavoratori a tempo parziale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2003, pp. 329 ss.

⁶⁰ Corte di Giustizia, 17 ottobre 1989, in causa C-109/88, *Handels - og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Danfoss*: secondo il giudice comunitario, spetta al datore di lavoro provare che gli ultimi due criteri, pur determinando per le lavoratrici retribuzioni medie inferiori a quelle dei loro colleghi, siano effettivamente necessari per la corretta esecuzione dei compiti affidati. Il datore di lavoro, invece, potrà far ricorso liberamente al criterio dell'anzianità di servizio, in quanto idoneo a ricompensare l'esperienza acquisita dal lavoratore, senza dover fornire alcuna dimostrazione sul punto: su quest'ultimo aspetto, v. Corte di giustizia, 3 ottobre 2006, in causa C-17/05, *Cadman v. Health & Safety Executive*.

⁶¹ Corte di Giustizia, 26 giugno 2001, in causa C-381/99, *Brunnhöfer*, cit.

d'impiego, può essere indotto ad offrire una retribuzione più elevata per determinate attività, nel rispetto del principio di proporzionalità⁶².

Ma l'ambito che più ha impegnato il giudice comunitario è stato quello delle differenze retributive giustificate dai singoli Stati sulla base di considerazioni di politica sociale⁶³.

Possono citarsi come esempi i casi in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura indirettamente discriminatoria del trattamento riservato ai c.d. lavori minori, cioè le attività lavorative subordinate prestate per un orario settimanale e per una retribuzione non superiori a certi valori minimi di riferimento, in considerazione del fatto che questi tipi di lavoro sono svolti prevalentemente da dipendenti di sesso femminile.

In un primo caso, la Corte ha negato che desse luogo a una discriminazione indiretta la loro esclusione dal regime legale di assicurazione per vecchiaia, dando ragione al governo tedesco, che spiegava la scelta normativa con l'intento di non appesantire con costi eccessivi il ricorso a tali figure contrattuali e incoraggiarne pertanto la diffusione nel mercato del lavoro⁶⁴. Analoghe preoccupazioni di politica occupazionale hanno indotto il giudice comunitario a ritenere giustificata la mancata considerazione dei lavoratori impiegati con tali tipologie contrattuali nel numero minimo richiesto per l'applicazione del regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi⁶⁵.

Una posizione più rigorosa è stata invece assunta nel caso in cui è stata contestata l'esclusione di tali lavoratori dal godimento di una indennità annuale straordinaria, in quanto discriminazione indiretta a carico dei lavoratori di sesso femminile⁶⁶: in questa occasione la Corte, pur ribadendo che considerazioni di politica sociale, rimesse alla discrezionalità dei singoli Stati membri, possono fondare differenze retributive, ha inteso tuttavia precisare che le stesse non possono "svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale del diritto comunitario" qual è la parità di retribuzione fra i lavoratori di entrambi i sessi⁶⁷. La Corte richiede, comunque, che le misure adottate dagli Stati membri

⁶² Corte di Giustizia, 27 ottobre 1993, in causa C-127/92, *Enderby*, cit.

⁶³ Si veda ad esempio Corte di Giustizia, 6 aprile 2000, in causa C-226/98, *Jørgensen*, cit., punto 41: "la politica sociale compete agli Stati membri, i quali dispongono di un potere discrezionale ragionevole per quanto riguarda la natura dei provvedimenti di protezione sociale e le modalità concrete della loro realizzazione (v. sentenze 7 maggio 1991, causa C-229/89, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2205, punto 22, e 19 novembre 1992, causa C-226/91, Molenbroek, Racc. pag. I-5943, punto 15). Provvedimenti del genere, qualora rispondano ad una finalità legittima di politica sociale, siano atti al perseguimento di tale finalità e necessari a tale scopo nonché giustificati da motivi estranei ad una discriminazione fondata sul sesso, non possono essere considerati una violazione del principio della parità di trattamento (v. citate sentenze nelle cause Commissione/Belgio, punti 19 e 26, e Molenbroek, punti 13 e 19)".

⁶⁴ Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, in causa C-317/93, *Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*.

⁶⁵ Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, in causa C-189/91, *Kirsammer-Hack v. Sidal*.

⁶⁶ Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, in causa C-281/97, *Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg*.

⁶⁷ Corte di Giustizia, 9 febbraio 1999, in causa C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*. In maniera analoga la Corte si è espressa nelle sentenze *Kutz-Bauer* e *Steinicke*, relative alla natura indirettamente discriminatoria delle regole di accesso all'istituto tedesco del lavoro a tempo parziale per motivi di età: Corte di Giustizia, 20 marzo 2003, in causa C-187/00, *Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg*; Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, in causa C-77/02, *Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*.

per perseguire legittimi scopi di politica sociale rispondano a criteri di proporzionalità, siano cioè idonei e necessari a raggiungere l'obiettivo perseguito, il quale non possa essere conseguito con altri mezzi⁶⁸.

In ogni caso è costante l'affermazione che, "sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e influenzare la natura ovvero l'estensione dei provvedimenti di tutela sociale che esso intende adottare, non costituiscono tuttavia di per sé un obiettivo perseguito da tale politica e non possono, pertanto, giustificare una discriminazione a sfavore di uno dei sessi"; ammettere che considerazioni di bilancio possano giustificare una differenza di trattamento tra uomini e donne "comporterebbe che l'applicazione e la portata di una norma tanto fondamentale del diritto comunitario come quella della parità tra uomini e donne possano variare, nel tempo e nello spazio, a seconda dello stato delle finanze pubbliche degli Stati membri"⁶⁹.

In diverse ipotesi la Corte è stata chiamata a fare applicazione dei principi di parità e non discriminazione in ragione del sesso con riferimento alla situazione della donna lavoratrice in stato di maternità. Le soluzioni cui è pervenuta non risultano però sempre coerenti.

Per un verso, intanto, è pacifico il riconoscimento della legittimità di una disciplina speciale a protezione della maternità in considerazione della specificità della condizione della donna nel periodo della gravidanza e del puerperio; non essendo questa comparabile a quella dei lavoratori di sesso maschile, si rendono necessarie specifiche misure che, assicurando la protezione della condizione biologica della donna e, al contempo, delle relazioni fra la donna e il bambino durante il periodo successivo al parto, siano in grado di "garantire una sostanziale parità" della donna lavoratrice (così recita la direttiva n. 54 del 2006, al ventiquattresimo considerando, ma lo stesso principio era già espresso dall'art. 2, comma 7, della direttiva 76/207).

Da un lato, pertanto, non hanno natura discriminatoria i benefici concessi alla sola lavoratrice in ragione dello stato di maternità o comunque degli oneri connessi alla crescita del figlio, "qualora il vantaggio concesso al solo lavoratore di sesso femminile sia destinato a compensare svantaggi professionali derivanti ad un tale lavoratore in seguito all'allontanamento dal posto di lavoro che il congedo di maternità comporta"⁷⁰.

Dall'altro, si è inteso evitare che lo stato di maternità possa divenire motivo di un trattamento peggiore nel godimento dei diritti connessi al rapporto di lavoro. Già la direttiva 76/207 disponeva che "un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva 92/85/CEE costituisce una discriminazione" (art. 2, comma 7). Analoga previsione è oggi contenuta nell'art.

⁶⁸ V. ad esempio Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold v. Rüdiger Helm*, punto 65.

⁶⁹ Corte di Giustizia, 6 aprile 2000, in causa C-226/98, *Jørgensen*, cit., punto 39; Corte di Giustizia, 10 marzo 2005, in causa C-196/02, *Nicoloudi*, cit., punto 53; Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, in causa C-77/02, *Steinicke*, cit., punto 67.

⁷⁰ Corte di Giustizia, 16 settembre 1999, in causa C-218/98, *Abdoulaye e a. v. Régie nationale des usines Renault SA*, punti 16, 20-22, che ha dichiarato compatibile con il diritto comunitario un assegno speciale in favore delle lavoratrici in congedo di maternità, e Corte di Giustizia, 29 novembre 2001, in causa C-366/99, *Griesmar*, cit., punto 46.

2, comma 3, lett. c) della più recente direttiva n. 54 del 2006, la quale, al ventitreesimo Considerando, ricorda, inoltre, come “dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta chiaramente che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso”, della quale non sono ammesse ragioni giustificative. In questo senso infatti la Corte di Giustizia si è espressa in numerose pronunce⁷¹.

Intensa è, in particolare, la protezione assicurata contro il licenziamento, vietato dall'art. 10 della direttiva n. 92/85 per tutto il periodo compreso fra l'inizio della gravidanza e la fine del congedo di maternità (tranne nei casi eccezionali

⁷¹ Chiara è l'affermazione contenuta in Corte di Giustizia, 18 novembre 2004, in causa C-284/02, *Land Brandenburg v. Sass*, che ha negato che la lavoratrice madre possa subire un trattamento sfavorevole con riguardo ai requisiti necessari ad accedere ad un livello superiore della gerarchia professionale: “la direttiva 76/207 mira al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non formale (v., in tal senso, cit. sentenze Merino Gómez, punto 37, e Thibault, punto 26). Da quanto precede si evince che una lavoratrice è tutelata, nel suo rapporto di lavoro, contro ogni trattamento sfavorevole motivato dal fatto che essa usufruisce o ha usufruito di un congedo di maternità. Infatti, una donna che subisca un trattamento sfavorevole a causa di un'assenza per congedo di maternità è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel detto congedo. Un comportamento del genere costituisce una discriminazione direttamente fondata sul sesso ai sensi della direttiva 76/207 (v. sentenze 13 febbraio 1996, causa C342/93, Gillespie e a., Racc. pag. 1475, punto 22; Thibault, cit., punti 29 e 32, e 30 marzo 2004, causa C147/02, Alabaster, Racc. pag. 10000, punto 47)” (punto 34).

Sulla base di analoghe considerazioni, la Corte ha ritenuto incompatibile col diritto comunitario una disciplina che posticipava la data di entrata in servizio della lavoratrice alla fine del congedo di maternità, senza prendere in considerazione tale periodo ai fini dell'anzianità di servizio: “un lavoratore di sesso femminile è tutelato, nel suo rapporto di lavoro, contro ogni trattamento sfavorevole motivato dal fatto che esso usufruisce o ha usufruito di un congedo di maternità e una donna che subisca un trattamento sfavorevole a causa di un'assenza per congedo di maternità è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel detto congedo”: Corte di Giustizia, 16 febbraio 2006, in causa C-294/04, *Sarkatzis Herrero v. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*, punto 39.

Sulla base degli stessi principi i giudici di Lussemburgo hanno dichiarato incompatibile con l'art. 6, n. 1, lett. (g), della direttiva 86/378, come modificata dalla direttiva 96/97, una disposizione che aveva l'effetto di interrompere l'acquisto dei diritti ad una rendita assicurativa durante i congedi legali di maternità, in quanto imponeva come condizione che la lavoratrice percepisse un reddito imponibile durante tali congedi (Corte di Giustizia, 13 gennaio 2005, in causa C-356/03, *Mayer v. Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*, con nota di M. BRESCIA, *Congedo per maternità e sistema previdenziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 2, p. 919 ss) e hanno considerato direttamente discriminatoria la pretesa del datore di lavoro di fondare sullo stato di gravidanza della lavoratrice il rifiuto del suo reintegro nel posto di lavoro prima della scadenza del congedo parentale (Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, in causa C-320/01, *Bush v. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*).

In senso analogo, Corte di Giustizia, 30 aprile 1998, in causa C-136/95 *Caisse Nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Thibault* : “Si deve pertanto considerare che una donna che subisce un trattamento sfavorevole per quanto riguarda le sue condizioni di lavoro, nel senso che viene privata del diritto di ricevere il suo rapporto informativo annuale e, conseguentemente, di ottenere una promozione, a causa di un'assenza per maternità, è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel suo congedo di maternità. Un comportamento del genere costituisce una discriminazione direttamente basata sul sesso ai sensi della direttiva” (punto 32).

Significativa appare, infine, la recente pronuncia con la quale la Corte ha escluso che la donna possa considerarsi in stato di gravidanza nel caso in cui sia già avvenuta la fecondazione in vitro ma non ancora il trasferimento in utero e che quindi possa applicarsi nei suoi confronti il divieto di licenziamento previsto nella direttiva 92/85; tuttavia ha ritenuto che il licenziamento

non connessi a tale stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali). È infatti costantemente ribadito del giudice comunitario che il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza rappresenta una discriminazione diretta fondata sul sesso, contraria all'art. 5, n. 1, della direttiva n. 76/207 (che impone la parità di trattamento nelle condizioni di lavoro, comprese quelle inerenti al licenziamento)⁷².

Il licenziamento è illegittimo anche quando motivato da una malattia connessa alla gravidanza sopravvenuta anteriormente al congedo di maternità, poiché le complicazioni eventualmente insorte rientrano nei rischi inerenti allo stato di gravidanza e partecipano quindi della specificità di tale stato. Una volta riconosciuto, infatti, che “la situazione di una lavoratrice gestante che si trovi in condizioni di incapacità lavorativa provocata dai disturbi connessi al suo stato di gravidanza non può essere equiparata alla situazione di un lavoratore di sesso maschile ammalato che sia assente per incapacità lavorativa durante lo stesso lasso di tempo”, “un licenziamento del genere può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione diretta fondata sul sesso” (caso *Brown*)⁷³.

Per un altro verso, però, i livelli di protezione raggiunti da questa giurisprudenza non sembrano essere confermati nello specifico ambito del trattamento economico da assicurare alla lavoratrice madre. Su questo profilo, infatti, le soluzioni dei giudici di Lussemburgo dimostrano talune ambiguità.

La prospettiva delle precedenti pronunce sembra trovare riscontro nelle sentenze in cui la Corte, ammessa la natura retributiva delle somme corrisposte dal datore di lavoro durante il periodo di astensione obbligatoria, ha ritenuto che nella base di calcolo dell'indennità di maternità si tenga conto di ogni aumento

possa essere impedito in virtù del principio di parità di trattamento, qualora venga dimostrato che esso trovi fondamento essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento (Corte di Giustizia, 26 febbraio 2008, in causa C-506/06, *Mayer v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*).

⁷² Corte di Giustizia, 8 novembre 1990, in causa C-179/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund*, punto 13; Corte di Giustizia, 5 maggio 1994, in causa C-421/92, *Habermann-Beltermann*, punto 15; Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, in causa C-32/93, *Webb*, punto 19.

Il licenziamento della lavoratrice incinta è illegittimo anche nel caso in cui sia stata assunta con contratto a tempo determinato e risulti inabile al lavoro per una parte rilevante della durata del contratto stesso (e anche qualora abbia ommesso di informare il datore di lavoro in merito al proprio stato): Corte di Giustizia, 4 ottobre 2001, in causa C-109/00, *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*.

Il mancato rinnovo del contratto a termine, una volta giunto a scadenza naturale, nel caso di lavoratrice in stato di gravidanza, pur non essendo in sé illegittimo, costituisce discriminazione diretta laddove dipenda da motivi legati a tale stato, equivalendo ad un rifiuto di assumere una donna incinta, in contrasto con gli artt. 2 e 3 della direttiva 76/207: Corte di Giustizia, 4 ottobre 2001, in causa C-438/99, *Jiménez Melgar v. Ayuntamiento de Los Barrios*. Analogamente, Corte di Giustizia, 3 febbraio 2000, in causa C-207/98, *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, ha ritenuto illegittimo il rifiuto datoriale di assumere con contratto a tempo indeterminato una donna incinta, non potendo tale rifiuto trovare giustificazione neppure nell'esistenza di un divieto legale di svolgimento di talune attività cui l'assunta sarebbe stata destinata. Sulla natura discriminatoria del rifiuto di assunzione di una donna in stato interessante, al pari del licenziamento, in quanto “un rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso”, v. Corte di Giustizia, 8 novembre 1990, in causa C-177/88, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, punto 12.

⁷³ Corte di Giustizia, 30 giugno 1998, in causa C-394/96, *Brown v. Rentokil Initial UK Ltd*, punti 15 e 31

retributivo intervenuto durante il periodo del congedo, privandosi altrimenti la lavoratrice di un beneficio di cui avrebbe certamente goduto in assenza della gravidanza⁷⁴. In questa ipotesi la Corte sembra fare applicazione, in materia retributiva, del principio che esclude qualsiasi trattamento deteriore della lavoratrice in ragione del suo stato di maternità in quanto forma di discriminazione diretta fondata sul sesso.

In realtà questa impostazione non è sempre seguita in maniera coerente. È infatti affermazione costante del giudice comunitario che la condizione della lavoratrice madre in astensione obbligatoria non è assimilabile a quella di un lavoratore maschio né a quella di una donna effettivamente presente sul posto di lavoro. Essa non ha pertanto diritto a mantenere la retribuzione integrale durante il congedo di maternità, come se svolgesse effettivamente la sua attività al pari degli altri lavoratori. Ad avviso del giudice comunitario, pertanto, il principio di parità retributiva non impone il mantenimento integrale della retribuzione durante il periodo di astensione obbligatoria, a condizione che l'ammontare delle prestazioni corrisposte non sia talmente esiguo da vanificare lo scopo del congedo di maternità⁷⁵.

Di conseguenza è stato ritenuto non discriminatorio il fatto che la lavoratrice madre subisca una riduzione della propria retribuzione durante il periodo della gravidanza a motivo di una malattia connessa a quest'ultima e sopraggiunta prima del periodo di astensione, a condizione che venga trattata in maniera identica rispetto ad un lavoratore assente per malattia⁷⁶. Allo stesso modo, in una precedente pronuncia⁷⁷, la Corte aveva di fatto equiparato la condizione della donna inabile al lavoro per malattia connessa alla gravidanza a quella di qualsiasi lavoratore assente per malattia, ritenendo pertanto che la prima abbia diritto alla retribuzione piena solo in quanto il secondo disponga del medesimo diritto; è evidente la contraddizione fra tali argomentazioni e quella svolta nella sentenza sul caso *Brown*⁷⁸ prima ricordato per affermare il carattere discriminatorio del licenziamento della lavoratrice madre che si trovi nel medesimo stato di malattia.

Similmente, la discriminazione è stata esclusa anche nel caso in cui ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento veniva riconosciuta, a titolo di anzianità di servizio, la durata del servizio militare o civile, ma non quella dei congedi parentali, di cui si avvalgono più frequentemente le donne. Infatti, secondo il giudice comunitario, il congedo parentale e il congedo per servizio di leva risponderrebbero a finalità profondamente diverse e, pertanto, i lavoratori che ne beneficiano non si troverebbero in situazioni paragonabili⁷⁹.

In effetti desta perplessità l'uso che questa giurisprudenza ha fatto del criterio della comparabilità, che di fatto porta ad escludere l'applicabilità del

⁷⁴ Corte di Giustizia, 13 febbraio 1996, in causa C-342/93, *Gillespie e a.*, cit.; Corte di Giustizia, 30 marzo 2004, in causa C-147/02, *Alabaster*, cit.

⁷⁵ Corte di Giustizia, 13 febbraio 1996, in causa C-342/93, *Gillespie e a.*, cit.; Corte di Giustizia, 30 marzo 2004, in causa C-147/02, *Alabaster*, cit.

⁷⁶ Corte di Giustizia, 8 settembre 2005, in causa C-191/03, *North Western Health Board v. McKenna*.

⁷⁷ Corte di Giustizia, 19 novembre 1998, in causa C-66/96, *Høj Pedersen v. Kvickly Skive*.

⁷⁸ Corte di Giustizia, 30 giugno 1998, in causa C-394/96, *Brown*, cit.

⁷⁹ Corte di Giustizia, 8 giugno 2004, in causa C-284/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich*.

principio di parità retributiva alla donna in stato di maternità ed a riconoscerle soltanto il diritto ad un trattamento minimo, nella misura tale, cioè, da non vanificare gli scopi del congedo. La stessa normativa comunitaria, alla stregua di quanto disposto anche nel nostro ordinamento, impone di garantire durante i periodi di astensione obbligatoria il “mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata” (art. 11 n. (1) della direttiva n. 92/85). Come si è cercato di dimostrare, un trattamento economico adeguato non coincide affatto con un trattamento minimo, ma con la somma in grado di garantire l'effettiva parità dei diritti della donna lavoratrice. Una protezione di questo tipo è pertanto implicitamente richiesta dallo stesso art. 141 TCE, alla stregua del quale la considerazione della specificità della condizione della lavoratrice madre non può che essere funzionale alla predisposizione di quelle misure e alla ricerca di quelle interpretazioni che garantiscano la sostanziale parità fra i lavoratori di entrambi i sessi.

Il giudizio sulla legittimità comunitaria della disciplina posta dall'art. 3 della legge n. 27 del 1981 dipende quindi dalla prospettiva adottata e dal riferimento ad un trattamento adeguato, rispetto anche al lavoro svolto, oppure ad un trattamento minimo. Qualora si ritenga che un trattamento retributivo deteriore in ragione dello stato di maternità della lavoratrice sia tale da non garantirle una protezione adeguata e per questo rappresenti una discriminazione fondata sul sesso, al pari di qualsiasi altra condizione sfavorevole ad essa riservata per aver usufruito del congedo, siffatto giudizio conduce a censurare la disciplina in esame.

6. Messi in luce i profili di illegittimità di una disciplina che nega la corresponsione della c.d. indennità giudiziaria durante il periodo di astensione obbligatoria per maternità, risultano confermate le perplessità avanzate in precedenza nei confronti della scelta del legislatore del 2004 di non estendere retroattivamente gli effetti della modifica normativa intervenuta sull'art. 3 della legge n. 27 del 1981. Questa scelta, infatti, perpetua, rispetto alle fattispecie cui l'originaria disposizione risulta ancora applicabile, la violazione di diversi principi costituzionali, da quelli posti a presidio della maternità a quello di uguaglianza. A quest'ultimo proposito, deve considerarsi che ai motivi di illegittimità sin qui esposti, l'intervento legislativo ne aggiunge uno ulteriore, quello cioè relativo alla disparità di trattamento che si viene a determinare all'interno della stessa categoria delle donne magistrato, alcune delle quali, per lo stesso evento della maternità, sono destinatarie di un trattamento deteriore in ragione soltanto del periodo in cui hanno usufruito del congedo⁸⁰.

Di queste problematiche non si è fatto carico il giudice costituzionale nelle pronunce successive alla novella legislativa, nelle quali, come si è visto, ha confermato la sua precedente giurisprudenza decisa a negare qualsiasi profilo di incostituzionalità. Tale orientamento giurisprudenziale risulta ancora meno giustificato a seguito dell'intervento legislativo, dettato proprio dall'intento di correggere taluni dei vizi di legittimità che inficiavano la precedente disciplina.

Nelle ultime due ordinanze la Corte ha addirittura ritenuto che “non è possibile dedurre dall'intervento dell'art. 1, comma 325, della legge finanziaria

⁸⁰ In questo senso anche le ordinanze di rimessione del T.a.r. Lecce, 22 novembre 2007 e del T.a.r. Lombardia, 22 gennaio 2008.

per l'anno 2005 a favore dei magistrati assenti per maternità, l'intento del legislatore di rimuovere una situazione di illegittima disparità di trattamento" (ord. nn.137/2008 e 346/2008), in contrasto con quanto espresso dallo stesso Governo nella Relazione accompagnatoria alla legge.

Questo indirizzo del giudice costituzionale ha l'effetto di lasciare aperte nel nostro ordinamento lacune intollerabili nella protezione di un valore costituzionale fondamentale qual è la maternità, e senza risposta istanze di tutela radicate nel sistema dell'ordinamento e nella coscienza sociale.

Se considerazioni di natura finanziaria potrebbero a prima vista porre delle remore all'accoglimento delle censure più volte riproposte dalla giurisdizione amministrativa, un'analisi più approfondita permette di constatare che anche questa prospettiva risulta priva di fondamento.

Infatti l'eventuale pronuncia di accoglimento non rappresenterebbe una classica sentenza di spesa, perché non comporterebbe la necessità di reperire fondi finora non disponibili all'Amministrazione. Le somme in contestazione sono già considerate e "appostate" nel bilancio pubblico, e segnatamente nei capitoli di spesa relativi al personale del Ministero della Giustizia. Infatti, nel nostro ordinamento il numero dei magistrati ordinari (e delle altre categorie cui, per l'art. 2, l. 425/1984 si riferisce la c.d. indennità giudiziaria) è fissato per legge; pertanto, l'obbligo di corrispondere il relativo trattamento retributivo ai magistrati discende direttamente dalle previsioni legislative e dai conseguenti atti di immissione in servizio, e non certo dall'art. 3, l. n. 27 del 1981. Quindi la misura del trattamento stipendiale di ogni magistrato è assunta a carico del bilancio statale in occasione di ogni immissione in servizio: l'esclusione dell'indennità giudiziaria durante il congedo per maternità delle donne magistrato permette al bilancio pubblico di integrare un risparmio del tutto accidentale, sulla base di circostanze imprevedibili per la parte pubblica datrice di lavoro.

Ne è prova la circostanza che l'Amministrazione non interrompe subito la corresponsione dell'indennità giudiziaria, ma procede frattanto al pagamento della stessa e dispone solo successivamente il rimborso a carico del dipendente pubblico, in applicazione dell'istituto dell'addebito di credito erariale. Il che mostra, appunto, che le somme in questione sono comunque nella disponibilità finanziaria dello Stato.

Si resta pertanto al di fuori del dibattuto tema delle decisioni di tipo additivo comportanti una spesa a carico del bilancio pubblico.

D'altra parte, la necessità di garantire una protezione efficace di un interesse soggettivo protetto al rango più elevato dell'ordinamento dovrebbe costituire una ragione sufficiente a porre rimedio ad un intervento parziale del legislatore. In altre occasioni il giudice costituzionale non ha infatti esitato ad intervenire proprio in questo senso. Si pensi, solo per fare un esempio, e per restare nell'ambito che qui viene in considerazione, al caso dell'affidamento familiare provvisorio.

Come si è visto, solo con la legge n. 903 del 1977 il legislatore ha esteso l'istituto dell'astensione obbligatoria e dell'indennità di maternità alle ipotesi di adozione e di affidamento preadottivo, ma non a quella dell'affidamento provvisorio previsto dall'art. 314/6 c.c. A tale mancanza ha posto rimedio la legge n. 184 del 1983, che ha reso applicabili le disposizioni degli artt. 6 e 7

della legge n. 903 del 1977 ai “genitori affidatari” (il riferimento era al nuovo istituto dell’affidamento familiare previsto dall’art. 10 della stessa legge, che ha abrogato l’art. 314/6 c.c.), ma con disposizione non retroattiva. La Cassazione, alla luce dell’orientamento ormai consolidato che riconosceva la centralità dell’interesse del minore negli istituti a tutela della maternità, ha affidato alla Corte costituzionale l’eliminazione delle lacune create nel sistema di protezione dell’infanzia dall’intervento non retroattivo del legislatore.

La Consulta ha prontamente emesso una sentenza di accoglimento (sent. n. 332/1988), in considerazione delle esigenze costituzionali di protezione del bambino, che hanno spinto a riconoscere che il diritto della lavoratrice madre alla astensione facoltativa dal lavoro e alla relativa indennità spettasse anche alla lavoratrice alla quale fosse stato affidato provvisoriamente un minore ai sensi dell’art. 314/6 c.c.

Questa pronuncia faceva seguito ad un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, collocandosi sulla scia di un orientamento dello stesso giudice costituzionale, che, come si è visto, da tempo aveva insistito sull’importanza della tutela del minore e dei momenti affettivi e relazionali che caratterizzano il rapporto fra la madre e il bambino (la stessa pronuncia cita le sentenze nn. 106/1980 e 1/1987).

Sotto questo profilo, il caso dell’indennità giudiziaria segue una contraddittoria presa di posizione della Corte costituzionale, che non ha “saputo” o “voluto” né utilizzare le aperture lasciate dalla sentenza n. 238 del 1990, né porsi in sintonia, valorizzandola in tutte le sue implicazioni, con una sì consistente dinamica ordinamentale a tutela del valore della maternità⁸¹.

⁸¹ Nel ricostruire le tecniche che consentono al giudice delle leggi il confronto fra valori costituzionali e norme giuridiche, A. BALDASSARRE, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in A.A.V.V., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno annuale. Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004, p. 195, si sofferma sulla “cosiddetta ragionevolezza evolutiva”, così chiamata “in quanto si riempie di contenuto proprio guardando anche all’evoluzione della società nella quale vivono certi valori. Il valore viene integrato di significati che sono legati all’evoluzione sociale, all’evoluzione di una determinata comunità”. L’A. riporta come esempio la norma che ha riconosciuto anche al padre, oltre che alla madre, il congedo per l’assistenza ai propri figli: “il valore, nel momento in cui è scritto in costituzione, prevede una divisione di funzioni tra madre e padre molto netta, trent’anni dopo quello stesso valore deve fare i conti con un’evoluzione sociale che prevede ruoli molto meno distinti e meno netti, meno separati di trent’anni prima e quindi deve adeguare i valori alla nuova realtà, alla nuova evoluzione della società”. Di tali “cambiamenti di grande rilievo” il giudice costituzionale è chiamato ad “assecondare il corso”: pp. 198-199.